Der Übergang der regelmäßigen Verwahrung in eine unregelmäßige Verwahrung oder ein Darlehen

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung

der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät
in Marburg (Lahn)

vorgelegt von

H. HEUSSNER
Cassel

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

BERLIN. CARL HEYMANNS VERLAG. 1921

Dem Andenken meiner lieben Eltern
gewidmet

Inhalts-Übersicht

Seite

I. Einleitung § 1 1

II. Grundregel, nach der sich im römischen Rechte und nach dem Rechte des BGB der Uebergang vollzieht § 2 2

III. Römisches Recht.

Auslegung und Bedeutung der l. 10 D 12, 1 und der l. 1 § 34 D 16, 3 für die Frage des Ueberganges.

1. Herrschende Ansicht § 3 6
2. Ansicht von Glück, Neustetel, Niemeyer usw. § 4 8
3. Ansicht des Verfassers § 5 16

IV. Entsprechende Bestimmung in einigen Gesetzeswerken vor dem BGB. § 6 25

V. Recht des BGB.

1. Entstehungsgeschichte der Vorschrift des § 700 Abs. 1 Satz 2 § 7 26
2. Anwendungsgebiet der Vorschrift § 8 31
3. Die gegenseitigen Beziehungen zwischen „Verbrauchsgestattung“ und „Aneignung“ § 9 33
4. Die „Verbrauchsgestattung“ im einzelnen § 10 36
5. Die „Aneignung“ im einzelnen § 11 40
6. Willenserklärungen des Verwahrers vor der „Aneignung“ § 12 42
7. Wann kann bei dem Uebergang von einem „bedingten Rechtsgeschäft“ die Rede sein? § 13 45
8. Widerruf der „Verbrauchsgestattung“ § 14 54

Literatur-Übersicht

1. Achilles, Handausgabe des BGB., Leipzig 1920.
2. Arndts, Pandekten, Stuttgart 1889.
3. Best, Darlehn und depositum irregulare, Dissertation, Bonn 1896.
4. Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Erlangen und Leipzig 1882.
5. Constantin, L. 9 § 9 und 1. 10 D 12, 1 im Streite über depositum irregulare und Darlehen. Dissertation. Berlin 1908.
6. Crome, System des bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1902.
7. Dernburg, Pandekten, 3. Auflage, Berlin 1892.
8. Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Schuldverhältnisse, Halle a. S. 1901.
9. Donner, das depositum irregulare nach gem. R. und dem R. d. BGB. Dissertation. Greifswald 1902.
10. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1903.
11. Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Marburg 1889.
12. Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Recht der Schuldverhältnisse. Marburg 1920.
13. Frännkel, Das Darlehen und die irreguläre Hinterlegung. Dissertation, Berlin 1899.
14. Glück, Erläuterung der Pandekten. 1813.
15. Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1903.
16. Heimbach, Die Lehre vom Creditum, Leipzig 1849.
17. Huschke, Das römische Recht vom Darlehen, Stuttgart 1882.
18. Löwenstein, Depositum irregulare und Darlehen, Dissertation, Gummersbach, 1896.
19. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.
20. Marsson, Die Natur der Vertragsofferte, Dissertation, Greifswald 1879.
21. Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB. Berlin 1899.
22. Mühlhäuser, Ueber Umfang und Geltung des depositum irregulare, Erlangen 1879.
23. Neumann, Handausgabe des BGB. Berlin 1912.
24. Neustetel und Zimmern, Römischrechtliche Untersuchungen, Heidelberg 1821.
25. Niemeyer, Depositum irregulare, Halle a. S. 1889.
26. Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1910.
27. Planck, Kommentar zum BGB. Berlin 1914.
28. Raape, Die Wollensbedingung (Festschrift für Brümeck), Halle 1912.

29. Reichsgerichtsräte, Kommentar zum BGB. Berlin 1913.
30. Salkowski, Zur Lehre von der Novation nach römischem Recht, Leipzig 1866.
31. Schaffrath, Praktische Abhandlungen aus dem heutigen römischen Privatrechte, Bautzen 1841.
32. v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen Privatrechts, Wien 1890, 1895.
33. Schmid, Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 30.
34. Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, Leipzig 1860.
35. Staudinger, Kommentar zum BGB., München und Berlin 1912.
36. Unterholzner, Römische Lehre vom Schuldverhältnis, Leipzig 1851.
37. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 6. Aufl., Marburg.
38. Voltz, Ueber das depositum irregulare, Dissertation, München 1858.
39. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt a. M. 1906.
40. Witzig, Zur Lehre vom depositum irregulare, Dissertation, Zürich 1888.

§ 1.

Depositum oder Verwahrung ist ein Vertrag, durch den sich die eine Partei — Depositar, Verwahrer — verpflichtet, eine ihr von der anderen Partei — Deponent, Hinterleger — übergebene Sache aufzubewahren.

Die in Rechtslehre und Rechtsprechung des römischen Rechts herrschende Ansicht[1]) und ebenso auch das BGB. für das Deutsche Reich (§ 700) haben als besondere Unterart dieses Vertrags das sog. depositum irregulare oder unregelmäßige Verwahrung anerkannt. Man versteht darunter den Verwahrungsvertrag, bei dem vertretbare Sachen in der Art hinterlegt werden, daß das Eigentum an ihnen auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren. In dem äußeren Tatbestande stimmt dieser Vertrag vollkommen mit dem Darlehen überein, bei dem der Empfänger gleichfalls Eigentümer der ihm übergebenen vertretbaren Sachen wird mit der dabei übernommenen Verpflichtung, eine gleiche Menge von gleicher Art und Güte zurückzugeben.

Wegen dieser Uebereinstimmung im äußeren Tatbestande hat man den Unterschied zwischen beiden Verträgen vielfach geleugnet.[2]) Es ist aber mit der herrschenden Meinung[3]) daran festzuhalten, daß der von den Parteien verfolgte wirtschaftliche Zweck bei beiden Verträgen ein völlig verschiedener ist. Denn mit dem Darlehen wird Leihe, mit dem depositum irregulare Verwahrung der hingegebenen vertretbaren Sachen bezweckt. Dieser Unterschied im wirtschaftlichen Zweck ist aber so bedeutsam, daß er zu einer verschiedenartigen Ausgestaltung in den Rechtsfolgen beider Verträge und damit zu ihrer Unterscheidung führen muß.[4]) Dies hat schließlich auch das BGB. durch seine in den §§ 607 bis 610 für das Darlehen und im § 700 für den unregelmäßigen Verwahrungsvertrag getroffenen Bestimmungen anerkannt.

---

[1]) Gegner insbesondere Niemeyer, depositum irregulare. Halle 1889.

[2]) Siehe Niemeyer und dort Citirte.

[3]) Vergl. Windscheid, Bd. II § 379; Dernburg. Pand. Bd. II § 93; derselbe, Bürg. Recht Bd. II § 351; Schey, S. 354 ff.

[4]) Zutreffend sagt Schey S. 354: „Es ist nicht die juristische Formel, sondern die Verschiedenheit der wirtschaftlichen Zwecke, welche im Leben die geschäftlichen Vorgänge charakterisiert und nach welcher erst die Rechtsfolgen sich sondern."

Wenn Geld oder andere vertretbare Sachen zum Zwecke der Verwahrung hingegeben werden, so liegt bald eine regelmäßige Verwahrung, bald eine unregelmäßige Verwahrung vor, je nachdem, ob das Eigentum an den übergebenen Stücken dem Hinterleger verbleiben oder auf den Verwahrer übergehen soll.

Sind vertretbare Sachen zur regelmäßigen Verwahrung hingegeben worden, so hegen die Parteien nicht selten den Wunsch, die regelmäßige Verwahrung in eine unregelmäßige Verwahrung oder ein Darlehen übergehen zu lassen.

Wie vollzieht sich dieser Uebergang?

Schon im römischen Recht finden sich Quellenstellen, die für die Beantwortung gerade dieser Frage von Bedeutung sind. Die in Betracht kommenden Pandektenstellen sind aber bisher nur gelegentlich der Behandlung der Frage nach dem Vorhandensein und der Existenzberechtigung einer besonderen Art des depositum, nämlich des depositum irregulare, erörtert worden und haben eine sehr verschiedene Auslegung gefunden.

Auch das BGB. für das Deutsche Reich hat eine den in Rede stehenden Uebergang betreffende besondere Bestimmung im § 700 Abs. 1 Satz 2 aufgestellt, die zu mancherlei Zweifeln Anlaß gibt.

Dies mag nachstehende Untersuchung rechtfertigen.

Vorauszuschicken ist, daß es sowohl nach römischem wie nach bürgerlichem Recht für die hier zu erörternde Frage des Ueberganges gleichgültig ist, ob die regelmäßige Verwahrung in eine unregelmäßige Verwahrung oder in ein Darlehen übergehen soll, da die Voraussetzungen zur Begründung der unregelmäßigen Verwahrung und des Darlehens die gleichen sind, nämlich Eigentumsverschaffung an einer bestimmten Menge vertretbarer Sachen mit der Verpflichtung des Empfängers zur Rückgabe einer gleichen Menge gleicher Art und Güte, und daß der Unterschied erst nach vollzogenem Uebergang für die weiteren Rechtsfolgen von Bedeutung ist; diese weiteren Rechtsfolgen sind aber für die Frage des Ueberganges selbst rechtlich bedeutungslos.

Der Einfachheit halber wird in der nachstehenden Abhandlung vielfach nur von der für den Rechtsverkehr wichtigsten vertretbaren Sache, nämlich dem Gelde, die Rede sein, wie dies auch in den Pandektenstellen der Fall ist.

§ 2.

Wir wenden uns zu den für das römische Recht in Betracht kommenden Quellenstellen und zwar zunächst zu der l. 34 pr. D. 17, 1 und zu der l. 9 § 9 D. 12, 1.

Die l. 34 pr. D. 17, 1 lautet, soweit die Stelle hier von Interesse ist:

nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt.

L. 9 § 9 D. 12, 1 lautet:

deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici.

Die Worte „pecuniam apud te depositam“ in l. 34 pr. cit. und „deposui apud te decem“ in l. 9 § 9 cit. besagen ausdrücklich, daß hinsichtlich der übergebenen Geldstücke ein depositum vorliegt. Daß dies depositum aber zunächst ein depositum regulare ist, der Depositar also nicht sogleich beim Empfang des Geldes Eigentümer der ihm übergebenen Geldstücke geworden ist, ergibt sich aus Folgendem. Sprachlich zeigen die Ausdrucksweise und Stellung der Worte „pecuniam . . . . depositam convenerit, ut creditam habeas“ in l. 34 pr. cit., daß das Geld zuvor bereits zum depositum hingegeben war, als später die Vereinbarung, ut creditam habeas, getroffen wurde. Bei gleichzeitiger Hingabe und Vereinbarung würde der Lateiner sich nicht in der vorliegenden Art und Weise ausgedrückt haben. In l. 9 § 9 cit. steht ausdrücklich „deposui . . . . postea permisi.“ Ferner ist durch argumentum e contrario aus den Worten „quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt“ (l. 34 pr. cit.) und „animo enim coepit possidere. ergo transit periculum“ (l. 9 § 9 cit.) zu schließen, daß bei Hingabe des Geldes an den Depositar das Eigentum, der juristische Besitz und die Gefahrtragung an den Geldstücken zunächst dem Deponenten verblieben sind. Nach Inhalt der Stellen geht das Eigentum und damit die Gefahr an den Geldstücken einige Zeit nach der Uebergabe auf den Depositar über. Es muß also bei Hingabe des Geldes zunächst ein depositum regulare vorgelegen haben, das später in ein depositum irregulare oder Darlehen übergegangen ist.

Beide Stellen sprechen klar aus, daß dieser Uebergang sich durch bloßen Consens der Parteien vollzieht. Die gleiche Grundregel gilt nach dem Rechte des BGB.

Wie dies zu erklären ist, bedarf zunächst näherer Erläuterung.

Das depositum regulare, das depositum irregulare und das Darlehen sind nach richtiger Ansicht sowohl im römischen Recht, wie im BGB. sogenannte Realkontrakte.[5])

---

[5]) Für das römisch-gemeine Recht vergl. Dernburg, Pand. Bd. II § 8. Windscheid, Bd. II § 312 Anm. 4, § 370 Anm. 2, § 374 Anm. 2, § 377 Anm. 3. Für das BGB. vergl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. II § 78 Nr. 5, § 234, § 349 Nr. III.

Dies will besagen, daß beim depositum regulare die Rückgabeverpflichtung nur dadurch entsteht, daß

1. der obligatorische Consens der Parteien vorliegt und
2. die zu bewahrende Sache dem Verwahrer übergeben wird.

Bei dem depositum irregulare und dem Darlehen muß außer

1. dem obligatorischen Consens der Parteien,
2. der Uebergabe der Sache, noch
3. die Eigentumsverschaffung an der übergebenen Sache hinzukommen, um die den beiden letztgenannten Verträgen eigentümliche Wirkung, nämlich die Verpflichtung des Empfängers zur Rückgabe einer gleichen Quantität gleicher Qualität hervorzubringen.[6])

Was die Eigentumsverschaffung an der übergebenen Sache beim depositum irregulare und Darlehen anlangt, so handelt es sich dabei um einen derivativen Eigentumserwerb, der sich nach römischem Recht und dem Rechte des BGB. durch einen Eigentumsverschaffungsvertrag und die Uebergabe der Sache vollzieht. Die Eigentumsverschaffung selbst enthält danach zwei für die Betrachtung voneinander zu sondernde Rechtsakte, nämlich

1. den dinglichen Vertrag und
2. die Uebergabe.

Sind dem Erwerber die ihm zu Eigentum zu übertragenden Sachen bereits übergeben gewesen, befinden sie sich also zur Zeit, als das Eigentum übergehen soll, bereits im Gewahrsam des Erwerbers, so ist zur Eigentumsverschaffung nach römischem Recht und dem BGB. (§ 929 Satz 2) nur noch die Einigung zwischen Veräußerer und Erwerber über den Eigentumsübergang — der dingliche Vertrag — erforderlich. Man spricht in diesem Falle von traditio brevi manu.

Befinden sich also Geldstücke infolge eines zwischen den Parteien bestehenden depositum regulare bereits in Händen des Erwerbers, so bedarf es nach dem zuvor Gesagten zur Begründung eines depositum irregulare oder Darlehens nur noch der Einigung der Parteien über zwei Punkte, nämlich einmal darüber, daß der Depositar das Eigentum an den ihm übergebenen Geldstücken haben soll, sodann darüber, daß er zur Rückgabe einer gleichen Menge gleicher Sachen verpflichtet sein soll. Eine besondere körperliche Ergreifungs- oder Aneignungshandlung an den Geldstücken durch den Depositar ist nicht erforderlich; weder, um dem Erfordernis der Uebergabe bei Verschaffung des Eigentums, noch, um dem Erfordernis der Uebergabe bei Begründung eines Realkontraktes gerecht zu werden. Vielmehr erübrigt sich ein beson-

---

[6]) l. 3 § 1 D. 44,7. l. 19 pr. D. 12,1. l. 8 D. 12,1.

derer Apprehensionsakt durch den Depositar, da der zur Begründung des depositum irregulare oder Darlehens notwendige Eigentums- und Besitzwechsel hier durch die bloßen Consenserklärungen beider Parteien „brevi manu" erfolgt. „Animo enim coepit possidere" sagt l. 9 § 9 cit. und betont ausdrücklich, daß es eines Apprehensionsaktes nicht bedarf: „etiam anteguam moveantur condicere quasi mutua tibi haec posse". Unmittelbar mit dem Zustandekommen der Vereinbarung zwischen den Kontrahenten wird der Depositar Eigentümer des bei ihm in Verwahrung befindlichen Geldes und gleichzeitig wird er zur Restitution in genere verpflichtet. Damit geht auch die Gefahr des hinterlegten Geldes auf den Erwerber über. Dies bestätigt l. 9 § 9 cit., welche im Anschluß an die Worte: „animo enim coepit possidere" fortfährt „ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit".

In den einschlagenden Schriftwerken ist man einig darüber, daß der Depositar die Gefahr der hinterlegten Geldstücke erst von dem Augenblicke an trägt, wo das Eigentum des Geldes auf ihn übergeht und damit das depositum regulare in ein depositum irregulare oder Darlehen umgewandelt wird. Wo den Depositar ausnahmsweise die Gefahr der Geldstücke ohne oder schon vor Eigentumsübergang trifft, beruht dies auf besonderer abweichender Parteivereinbarung; mag eine dahingehende ausdrückliche Verabredung getroffen sein, wie in l. 1 § 35 D. 16,3; l. 39 D. 17,1 und l. 7 § 15. D. 2,14; oder mag diese Abweichung dem aus den Umständen des Falles zu entnehmenden Parteiwillen entspringen, wie in l. 4 D. 12,1. Denn in der letztbezeichneten Stelle will der Deponent zunächst gar kein Geld in Verwahrung geben. Er hat gar kein Interesse an der Deponierung seines Geldes. Der Depositar hat allein Interesse an der Sache. Der Depositar hat um ein Darlehen gebeten, weil er Grundstücke kaufen will. Er will das Geld aber erst zu Darlehen mit der strengen Darlehnshaftung haben, wenn er den Kauf abgeschlossen hat. Der Geldgeber, der gar kein Interesse an dem ganzen Geschäft hat, ist zu einer Reise gezwungen. Er kann das Geld von der Reise nicht senden; der Darlehnssucher muß es aber jeden Augenblick haben, wenn der Kaufvertrag über die Grundstücke mit dem Dritten abgeschlossen wird. Deshalb wird im ausschließlichen Interesse des Darlehnssuchers das Geld vom Darleiher jetzt gegeben. Da der Darlehnssucher das Geld aber erst mit dem Augenblick des Eintritts der Bedingung zu Darlehen haben will, so ist der Darlehnsgeber bereit, im Interesse des Darlehnssuchers (keineswegs in irgendwelchem eigenen Interesse), das Geld zum depositum regulare an den Darlehnssucher zu geben; jedoch nur mit der begreiflichen Abweichung von der Regel, daß der Depositar in diesem Falle ausnahmsweise die Gefahr des hinterlegten Geldes tragen soll. Nach dem aus den Umständen

hervorgehenden Willen der Parteien muß hier der Depositar die Gefahr des deponierten Geldes tragen.[7])

§ 3.

Fanden wir, daß nach l. 34 pr. D. 17,1 und l. 9 § 9 D. 12,1 der Uebergang des depositum regulare in ein depositum irregulare oder ein Darlehen sich durch bloßen Vertrag vollzieht ohne einen besonderen Apprehensionsakt des Depositars an dem Gelde, so folgen nunmehr zwei Digestenstellen, l. 10 D. 12,1 und l. 1 § 34 D. 16,3, die den in Rede stehenden Uebergang erst mit dem Augenblick eintreten lassen, in dem der Depositar die Geldstücke tatsächlich in Gebrauch nimmt.

Der Wortlaut der Stellen ist folgender:

l. 10 D. 12,1:

Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum.

l. 1 § 34 D. 16,3:

Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses utereris, priusquam utaris depositi teneberis.

Viele Schriftsteller haben sich damit begnügt, nach Hervorhebung der aus den ll. 34 pr cit. und 9 § 9 cit. für unsere Frage gewonnenen, oben im § 2 näher dargelegten Grundregel, einfach die Tatsache festzustellen, daß der auf Grund einer Gebrauchserlaubnis des Deponenten stattfindende Uebergang sich mitunter auch erst in dem Augenblick vollziehen könne, in dem der Depositar das verwahrte Geld tatsächlich gebraucht. Wann dies aber der Fall sein soll, insbesondere warum dies in den letzterwähnten Quellenstellen der Fall ist, bleibt bei ihnen entweder unerörtert oder ungeklärt.[8])

Unter den Schriftstellern, die den beiden Quellenstellen näher getreten sind, herrscht Meinungsverschiedenheit darüber, worin der Grund für die anscheinend widersprechenden Entscheidnugen in l. 34 pr. cit l. 9 § 9 cit. auf der einen und in l. 10 cit., l. 1 § 34 cit. auf der anderen Seite zu suchen ist. Den Streitpunkt bildet vor allem die Frage, welche Bedeutung juristisch dem Umstand des tatsächlichen Gebrauches des Geldes durch den Depositar in der l. 10 cit. und l. 1 § 34 cit. beizumessen ist.

---

[7]) Vgl. Windscheid, Bd. II § 379 Anm. 6 Schlußsatz, der die Abweichung der l. 4 D. 12,1 von der Regel hervorhebt, eine Begründung für diese Abweichung aber nicht gibt.

Mühlhäuser S. 38 sieht in der l. 4 D. 12,1 eine positive gesetzliche Ausnahmevorschrift. Diese jeder Begründung entbehrende Ansicht ist unhaltbar.

[8]) Vergl. z. B. Sintenis S. 558, Brinz S. 603. Windscheid § 379 Anm. 6. Dernburg Pand. Bd. II § 93 Anm. 5.

Die herrschende Meinung[9]) geht von folgenden Erwägungen aus: Zu dem Uebergang des depositum regulare in ein depositum irregulare oder ein Darlehen sind die übereinstimmenden Willenserklärungen des Deponenten und des Depositars erforderlich und ausreichend. Derjenige der beiden Vertragsteile, der dem anderen zuerst seinen Willen zu der Umwandlung kundgibt, macht die Offerte oder den Antrag zu dem Umwandlungsvertrag; während die nachfolgende zustimmende Willenserklärung des anderen Vertragsteils sich als Annahme dieses Antrages darstellt. Die Pandektenstellen entscheiden praktische Fälle. In l. 9 § 9 D. 12, 1 geht der Antrag vom Depositar aus „qui mutuam rogavit". Die Annahme erfolgt vom Deponenten durch eine in Worten ausgedrückte Erklärung „permisi tibi uti". In l. 10 D. 12, 1 und l. 1 § 34 D. 16, 3 macht der Deponent mit der Gebrauchsgestattung den Antrag und der Depositar erklärt seinen Annahmewillen durch die konkludente Handlung des tatsächlichen Geldgebrauchs.

Allerdings entscheiden die Pandektenstellen praktische Fälle. Man wird aber doch fragen müssen, welcher Grund dafür maßgebend gewesen ist, in der Kompilation, der l. 9 § 9 D. 12, 1 die l. 10 D. 12, 1 anzuschließen, und wie l. 10 cit. zu erklären ist. Die uns von der herrschenden Meinung erteilte Antwort ist ungenügend und unbefriedigend. Mit Recht legen die Vertreter der herrschenden Ansicht bei Erklärung der Stellen kein entscheidendes Gewicht auf den rein zufälligen Umstand, ob der Antrag zum Umwandlungsvertrag vom Deponenten oder vom Depositar ausgeht. Sie sehen das Entscheidende aber in dem rein zufälligen Umstande, daß der Depositar in ll. 10 cit. 1 § 34 cit. seinen Annahmewillen zu dem Umwandlungsvertrag angeblich erst durch die konkludente Handlung des tatsächlichen Geldgebrauchs erklärt, und daß aus diesem Grunde in den letzterwähnten Fragmenten erst mit dem Geldgebrauch der Uebergang erfolgt. Sie betonen ausdrücklich, daß in den beiden Fällen der letzterwähnten Quellenstellen eine anderweite, etwa in Worten ausgedrückte, Erklärung des Annahmewillens durch den Depositar vor dem Geldgebrauch den Abschluß des Umwandlungsvertrages und damit die Umwandlung selbst schon vor dem Geldgebrauch herbeigeführt haben würde. Es ist schon an sich höchst unwahrscheinlich, daß der Unterschied zwischen den hier in Betracht kommenden Quellenstellen allein in der auch für die Pandektenjuristen selbstverständlichen und kaum der Erwähnung werten Tatsache zu finden sein soll, daß der Depositar seinen Annahmewillen sowohl durch Worte wie durch eine kon-

---

[9]) Voltz S. 9. Salkowski S. 53. Schaffrath S. 112, 115. Schmid S. 90 Anm. 25; S. 93. Mühlhäuser S. 34, 35. In offenbarer Anlehnung an vorstehende Schriftsteller auch Witzig S. 28, 31. Löwenstein S. 53, 56. Best. S. 60. Fränkel S. 29. Donner S. 35, 44 Anm. 2. Constantin S. 44.

kludente Handlung erklären kann. Diese Auslegung wird aber vor Allem dem Gegensatz nicht gerecht, in dem l. 9 § 9 cit. auf der einen Seite und ll. 10 cit. 1 § 34 cit auf der anderen Seite stehen. L. 9 § 9 cit. sagt: etiam antequam moveantur condicere quasi mutua posse; während im Gegensatz dazu l. 10 cit. ausdrücklich hervorhebt: creditam non esse, antequam mota sit, und l. 1 § 34 sagt: priusquam utaris depositi teneberis. Die beiden letzten Stellen widerlegen schon durch ihren Wortlaut die herrschende Auslegung. Schon aus dem Wortlaut ergibt sich klar, daß in den Fällen der beiden letzten Stellen der Uebergang nur durch den tatsächlichen Geldgebrauch und keineswegs auch durch eine anderweite Erklärung des Depositars herbeigeführt werden kann. In der Verkennung dieses Gegensatzes und vor allem in der unrichtigen Auffassung, daß in den beiden letzterwähnten Stellen schon eine bloße wörtliche Erklärung des Depositars den Uebergang des depositum regulare in ein depositum irregulare oder ein Darlehen bewirken könne, liegt der Hauptfehler der herrschenden Meinung.

§ 4.

Eine andere Gruppe von Schriftstellern vertritt die Ansicht, daß im Gegensatz zu l. 9 § 9 cit. der Uebergang des depositum regulare in ein depositum irregulare oder ein Darlehen in ll. 10 cit. und 1 § 34 cit. nicht durch eine wörtliche Willenserklärung des Depositars, sondern nur durch den vom Depositar bewirkten tatsächlichen Geldgebrauch vollzogen wird.

Um die Meinungen dieser Schriftsteller würdigen und verstehen zu können, muß Folgendes vorangestellt werden:

Die Gebrauchsgestattung des Deponenten in den beiden letzterwähnten Fragmenten enthält, wie wir gesehen haben, die Offerte oder den Antrag des Deponenten zu dem Umwandlungsvertrag. In der Regel kann der Annahmewille des Oblaten oder Antragsempfängers in jeder beliebigen Weise, so entweder durch Worte oder durch konkludente Handlungen erklärt werden. Wenn aber der Antragende eine bestimmte Form oder bestimmte Art und Weise der Annahme seines Antrages vorschreibt, so ist nur diese und keine andere Art und Weise der Erklärung des Annahmewillens auf Seiten des Antragsempfängers imstande, den Umwandlungsvertrag zum Abschluß zu bringen. Sagt der Antragende: „Ich verkaufe Dir mein Pferd für 10 000 M.; Du mußt mir aber Deine Antwort schriftlich zugehen lassen", dann kann der Antragsempfänger die Annahme wirksam nur durch Zusendung eines Schriftstückes an den Offerenten erklären. Sagt der Antragende: „Ich will Dir meine auf Deinem Grundstück liegenden vier Marmorsäulen hierdurch käuflich zu dem billigen Preis von 1000 Mark zu Eigentum antragen; die Annahme mußt Du aber da-

durch erklären, daß Du die vier Säulen in das Portal Deines Neubaues einfügst", dann kann der Antragsempfänger die Annahme nur dadurch wirksam erklären, daß er seinen Annahmewillen durch die konkludente Handlung des Einbauens der vier Marmorsäulen in das Portal seines Neubaues zum Ausdruck bringt.

Der Antragende drückt sich in den gedachten Fällen häufig so aus, daß er sagt: „Ich verkaufe Dir mein Pferd für 10 000 Mk., w e n n Du mir einen Zustimmungsbrief schreibst" oder: Die Marmorsäulen sollen Dir für 1000 Mk. verkauft und Dein Eigentum sein, w e n n Du sie in das Portal Deines Neubaues einfügst. Im gewöhnlichen Leben spricht man in solchen Fällen oft von „Bedingung" und sagt, daß der Kauf von der Bedingung abhängig oder dadurch bedingt sei, daß der Käufer einen Brief schreibe oder — in dem anderen Beispiel — die Säulen in den Neubau einfüge. Von einer Bedingung im Sinne des Rechts kann dabei keine Rede sein. Denn eine Bedingung im Rechtssinn liegt nur vor, wenn ein Rechtsgeschäft bereits zum Abschluß gekommen ist, und nur der Beginn oder das Aufhören der Wirkungen des bereits perfekten Geschäftes von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängen.

Eine Offerte ist insbesondere nach römischem Recht niemals ein abgeschlossenes Rechtsgeschäft; sie ist vielmehr nur ein Teil eines noch in der Entstehung begriffenen Rechtsgeschäftes.[10]) Sie kann für sich allein keinerlei Rechtswirkungen hervorbringen, woraus mit Notwendigkeit folgt, daß in ihr kein Raum für eine Bedingung im Rechtssinn sein kann.

Die hier in Betracht kommende Gruppe von Schriftstellern hätte gut daran getan, in allen Fällen genau zuzusehen, ob nach ihren eigenen Ausführungen wirklich eine Bedingung im Rechtssinn in Frage kommen kann, oder ob das, was sie Bedingung nennen, nur „figuram nec vim quoque conditionis" hat.

Hören wir zunächst die Ansicht von G l ü c k im 16. Buch, 3. Titel. Er sagt S. 156. 157: „Dieser Fall (ll. 10 cit. 1 § 34 cit.) ist von dem vorigen (l. 9 § 9 cit.) ganz verschieden, denn da hier der Deponent den Gebrauch des Geldes selbst angeboten hat, so kann der Wille des Depositars nur durch den wirklichen Gebrauch des Geldes erklärt werden."[11]) Es drängt sich sofort die Frage auf: Warum soll denn nicht auch jede anderweite Willenserklärung außer der konkludenten Handlung des Geldgebrauchs den Umwandlungsvertrag zum Abschluß bringen können?[12])

---

[10]) M a r s s o n S. 46—49.

[11]) Ebenso U n t e r h o l z n e r, Bd. 2 § 660 Nr. 4, insbesondere Anm. h. A r n d t s § 286.

[12]) N e u s t e t e l S. 8 wirft Glück „einen Fehlschluß" vor und C o n s t a n t i n S. 45 bezeichnet diese Ansicht von Glück als „grobe Inkonsequenz". Beide Schriftsteller haben die wahre Meinung Glücks nicht erkannt.

Glück sagt: „Der Depositar hat nicht den Deponenten angesprochen, sondern letzterer hat es dem ersteren entweder gleich anfangs bei der Hinterlegung oder nachher freiwillig angeboten, das Geld, wenn es ihm gefalle, gebrauchen zu dürfen". Glück sieht also den Grund zu seiner Ansicht in der vom Antragenden vorgenommenen Gestaltung seines Antrages. Er meint, daß der Deponent einseitig seiner Umwandlungsofferte die Bestimmung zugefügt habe, daß der Annahmewille des Depositars nur durch den tatsächlichen Gebrauch des Geldes erklärt werden solle und könne. Eine Erklärung dafür, warum der Deponent einseitig seinen Umwandlungsantrag so gestaltet hat, ist uns Glück schuldig geblieben.

Zwei weitere hierher gehörige Schriftsteller sind Neustetel und Heimbach. Neustetel bestreitet die nach der herrschenden Meinung feststehende Tatsache, daß in l. 9 § 9 cit. der Depositar den Antrag zum Umwandlungsvertrag macht. Er wirft S. 8 seinen Gegnern Willkür vor und sagt mit Beziehung auf Glück: „Ohne eine besondere Inspiration könne Glück nicht wissen, ob der Deponent die Gebrauchserlaubnis aus freiem Antrieb oder vom Depositar dazu „aufgefordert" gegeben habe." Heimbach gibt S. 435 Anm. 1 zwar zu, daß in l. 9 § 9 cit. der Depositar die „Veranlassung" zur Gebrauchserlaubnis gegeben hat; „allein", sagt er, „dieser Umstand ist für den Eigentumsübergang irrelevant, also bei der Entscheidung der Sache nicht weiter zu berücksichtigen."[13])

Beide sehen in der Gebrauchserlaubnis des Deponenten — auch in l. 9 § 9 cit. — die Offerte des Deponenten zum Umwandlungsvertrag. In l. 9 §9 cit. soll diese Gebrauchsgestattung so allgemein und uneingeschränkt gehalten sein, daß die Annahme des Depositars und damit der Umwandlungsvertrag durch einfache beliebige Willenserklärung zustandekommt; während in ll. 10 cit. 1 § 34 cit. der Deponent seine Offerte so gestaltet haben soll, daß die Annahme des Depositars nur durch die konkludente Handlung des tatsächlichen Geldgebrauchs erklärt werden kann. Beide sind der Ansicht, daß in den Fragmenten der Deponent einseitig durch die bei Erteilung der Gebrauchserlaubnis verwendeten Worte seinen verschiedenartigen Willen zum Ausdruck gebracht habe. Neustetel betont S. 7—10: „Die Römer waren ein sehr besonnenes Volk; sie verlangten als Bürgertugend von jedem Manne Besonnenheit, und diese überall voraussetzend, hielten sie sich streng an die Be-

---

[13]) Heimbach S. 437: „Gleichwohl haben mehrere neuere Interpreten . . den angeblichen Widerspruch zwischen den Stellen durch die Annahme zu heben gesucht, daß in l. 9 § 9 cit. der Depositar den Deponenten um die Erteilung der Gebrauchserlaubnis gebeten habe, in l. 10 cit. und l. 1 § 34 cit. hingegen diese Erlaubnis vom Deponenten ungebeten erteilt worden sei. Von einer solchen Unterscheidung kommt in den angeführten Stellen nicht die geringste sachliche Spur vor."

deutung ausgesprochener Worte, und sahen nichts als überflüssig an. Viele Beispiele bewähren dieses. Auch hier haben wir eines derselben."

Die Gebrauchsgestattung lautet in l. 9 § 9 cit. „permisi libi uti", in l. 10 cit „uti tibi, si voles, permisero" und in l. 1 § 34 cit. „ut, si voluisses, utereris". Neustetel übersetzt die Gebrauchsgestattung in l. 9 § 9 cit.: „Ich erlaube Dir das Geld zu gebrauchen"; in l. 10 cit.: „Ich erlaube Dir das Geld zu gebrauchen, wenn Du willst". Man wird sofort einwenden müssen, daß die Annahme der Offerte des Deponenten stets vom freien Willen des Depositars abhängt, und daß man ohne sachliche Aenderung auch in l. 9 § 9 cit. die Worte „wenn Du willst" hinzufügen kann. Der Zusatz „si voles" kann den Unterschied nicht ausmachen. Dies hat Neustetel selbst gefühlt und im Widerspruch zu der obigen Ausführung fährt er an derselben Stelle zu l. 10 cit. fort: „Das Geld ist dem Depositar nicht gegeben worden unter der Bedingung „Behalte es als Darlehen, wenn Du willst", sondern unter der hiervon sehr verschiedenen: „Gebrauche es, wenn Du willst". Neustetel hat also selbst für beide Fälle die Worte „wenn Du willst" als für den Unterschied bedeutungslos eingefügt. Er übersetzt nunmehr willkürlich zur Konstruktion seines Unterschiedes das Wort „uti" im ersten Falle: „Behalte das Geld als Darlehen" und im zweiten Falle: „Gebrauche das Geld". Er sagt, daß der Depositar im ersten Falle durch eine einfache Willenserklärung die Umwandlung vollziehe; für den zweiten Fall fährt er fort: „durch eine simple Willenserklärung vermag er diese Verwandlung nicht zu bewerkstelligen, weil ihm das Geld nicht unter der Bedingung, behalte es als Darlehen, sondern unter der hiervon sehr verschiedenen, gebrauche es, gegeben worden ist".

Heimbach S. 134, 135 schreibt mit Beziehung auf l. 9 § 9 cit.: „Wer bei Jemand Geld deponiert, und ihm den Gebrauch des Geldes gestattet, überträgt vom Augenblick dieser Erlaubniserteilung . . . . juristischen Besitz . . . . und Eigentum der Geldstücke . . . . an den Depositar. Es bedarf demnach . . . . nicht erst der Vornahme einer Besitzhandlung von Seiten des Depositars." Mit Beziehung auf l. 10 cit. fährt er fort: „Wohl aber ist eine solche von Nöten, wenn die Gebrauchserlaubnis anfänglich von der Suspensivbedingung si voles abhängig gemacht worden war, weil vor Erfüllung der Bedingung die Erlaubnis nicht auf die Umwandlung des depositum ins creditum einwirken kann: das Wesen dieser Bedingung aber gerade darin besteht, daß der Depositar durch eine Tathandlung kundgibt, er wolle von der empfangenen Gebrauchserlaubnis Gebrauch machen."

Liest man in den Ausführungen Neustetels und Heimbachs die Worte „Bedingung, Suspensivbedingung, Potestativbedingung,[14]) so sollte man annehmen, daß eine wahre Bedingung oder eine Bedingung im Rechtssinn gemeint sei. Beide Schriftsteller erklären aber selbst, daß dies nicht der Fall ist. Neustetel a. a. O. führt aus: „Etwas Aehnliches zeigt sich in der Lehre von den Legaten. Vermächtnisse, die durch die Klausel „„wenn der Legatar wolle"" (Titio, si voluerit) bedingt sind, gehen nicht ipso iure, sondern erst durch eine besondere Willenserklärung auf den Legatar über". Heimbachs Worte lauten (S. 134, 135): „Das nun ist der sonstigen Behandlung der conditio si volam im Römischen Rechte ganz analog". Heimbach führt die Analogie für das Erbrecht noch weiter aus. Zutreffend sagt er a. a. O., daß die Bedingung si volam bei Legaten, Fideikommissen und der Einsetzung von heredes necessarii als wahre Bedingung erscheine, und fährt fort mit Beziehung auf l. 10 cit.: „Daß nun die vorliegende Stelle Ulpians nur eine Anwendung dieser Behandlungsweise auf das creditum enthält, leuchtet von selbst ein, wenn man sich in dessen Sinne den, welcher die Gebrauchserlaubnis bei dem Gelddepositum erhält, bezüglich dieser Erlaubnis als berechtigt denkt, weil es in seine Willkür gestellt worden, durch die eigene Willensäußerung das depositum in ein creditum zu verwandeln". Heimbach kommt S. 432 zu dem Schluß: „Wenn diese Erlaubnis durch die Suspensivbedingung si voles beschränkt ist, bedarf es nach der eigentümlichen Stellung dieser Bedingung zu jenem Besitzerwerbe noch eines besonderen Besitzerwerbes von Seiten des Depositars, weil jene Bedingung auf seine Willenserklärung gestellt worden ist (l. 10 cit., l. 1 § 34 cit.)".

Beide Schriftsteller hätten besser getan, den Ausdruck „Bedingung" ganz zu vermeiden. Wenn sie wirklich eine Bedingung im Rechtsinne im Auge gehabt hätten, dann hätten sie uns gezeigt, wo in den ll. 10 cit. 1 § 34 cit. das abgeschlossene Rechtsgeschäft, insbesondere der zum Abschluß gekommene Umwandlungsvertrag zu finden ist, bei dem nur noch die Wirkungen allein von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig sind. Sie sagen aber wiederholt, daß nur die Gebrauchserlaubnis des Deponenten, also die Offerte, bedingt sei. Eine Offerte kann aber für sich allein, wie bereits ausgeführt wurde, keine Rechtswirkung äußern, also auch nicht eine wahre Bedingung enthalten. Das, was beide Schriftsteller „Bedingung" nennen, hat nur figuram, nicht vim quoque con-

---

[14]) Neustetel a. a. O. „.... so entsteht kein Mutuum sogleich, weil das „wenn Du willst" als Potestativbedingung die Existenz dieses Geschäfts aufschiebt und ungewiß macht." Man beachte, daß nach Neustetels eigener Ausführung nicht die Wirkung eines bereits perfekten Geschäfts, sondern die Existenz des Geschäfts aufgeschoben und ungewiß sein soll.

ditionis. Die Analogie der Fälle aus dem Erbrecht ist verfehlt, weil es sich bei den Beispielen aus dem Erbrecht um bereits abgeschlossene Rechtsgeschäfte handelt, die für wahre Bedingungen aufnahmefähig sind, und bei denen die Bedingung si voles auch eine wahre Bedingung ist. Im Gegensatz hierzu ist die Offerte des Deponenten nur ein Teil des noch nicht fertigen Umwandlungsvertrages, zur Aufnahme einer wahren Bedingung nicht fähig, sodaß nach Neustetels und Heimbachs Ansicht die Worte „si voles" an sich nur einen Hinweis darauf enthalten, daß es im freien Belieben des Depositars steht, seinen Annahmewillen zu der Offerte des Deponenten zu erklären und dadurch den Umwandlungsvertrag zum Abschluß zu bringen.

Die Meinungen Neustetels und Heimbachs, auf ihren wahren Kern ausgeschält, lassen sich, wie folgt, zusammenfassen. In l. 9 § 9 cit. hat der Deponent ohne besondere nähere Bestimmung und Einschränkung dem Depositar die Offerte zu dem Umwandlungsvertrag gemacht. Der Depositar kann seinen Annahmewillen in jeder beliebigen Form äußern und dadurch den Umwandlungsvertrag zum Abschluß bringen. In ll. 10 cit. 1 § 34 cit. hat der Deponent seine Offerte so gestaltet, daß der Annahmewille des Depositars eben wegen der bestimmten Vorschrift des Deponenten n u r durch den tatsächlichen Geldgebrauch erklärt werden kann. Die bei Glücks Ausführungen bereits aufgeworfene Frage: Warum? bleibt auch bei Neustetel und Heimbach unbeantwortet.

An dieser Stelle soll auch die Ansicht von H u s c h k e besprochen werden. Er äußert S. 26: „Der Konsens muß nehmlich beim mutuum auch in Einheit mit seiner realen Begründung als dem anderen wesentlichen Stücke des Realkontraktes vorhanden sein, sodaß, wenn zur Zeit der Hingabe ins Vermögen einer von Beiden durch Tod oder Wahnsinn konsensunfähig geworden wäre, oder wenn umgekehrt nach einer im Namen eines Anderen erfolgten Hingabe, dessen Konsens später nicht hinzukäme, kein mutuum zu Stande kommen würde". S. 58 und 59: „Wäre diese Abrede als Nebenvertrag schon bei der Deponierung z. B. einer Geldrolle bedingt für den Fall, daß der Depositar sie verbrauchen wolle, getroffen, so würde das Darlehen mit der Erfüllung der Bedingung, d. h. sobald der Depositar die Geldstücke für sich zu verbrauchen anfängt, entstehen: natürlich ohne Zurückbeziehung auf die Zeit des Consenses, weil die erfüllte Bedingung nicht bloß eine reine Potestativbedingung für die Person dessen, der durch den Empfang Schuldner werden sollte, ist, sondern auch schon weil sie vor Allem einem bisherigen Sachkontrakt, den der Hingeber als allein Interessierter jederzeit willkürlich aufrufen kann, ein Ende machen sollte l. 10. cit. l. 1 § 34 cit." Anm. 2 dazu: „Das Darlehen würde daher auch nicht zu Stande kommen, wenn der Deponent die Gebrauchserlaubnis vorher zurückzöge oder vor dem Gebrauch

stürbe.“ Huschke verweist an der Stelle ausdrücklich auf seine oben erwähnten, S. 26 seiner Ausführungen enthaltenen, Sätze. Er vertritt den Standpunkt, daß beim mutuum wegen seiner Natur als Realkontrakt der Consens der Parteien in dem Augenblick vorhanden sein muß, in dem das Eigentum auf den Darlehnsschuldner übergeht. Ein Darlehen kann nach seiner Ansicht nicht zu Stande kommen, wenn der Darlehnsgeber vor dem Zeitpunkt des Eigentumsübergangs stirbt oder geschäftsunfähig wird. Deutlich tritt seine Ansicht für unsere Stellen zu Tage, wenn er schreibt, daß keine reine Potestativbedingung in der Gebrauchserlaubnis des Deponenten zu finden sei; daß der Deponent vor stattgehabtem Gebrauch seine Erlaubnis wirksam zurückziehen könne; und daß sie bei seinem Tode vor dem Gebrauch von selbst erlösche. Er sagt klar, daß das Darlehen erst mit dem tatsächlichen Gebrauch durch den Depositar entstehe. Danach erblickt auch Huschke in dem Gebrauch des Geldes die den Vertrag zum Abschluß bringende Willenserklärung des Depositars. Den Grund hierfür sieht er nicht nur in der vom Deponenten seiner Offerte zugefügten Bestimmung (volkstümlich „Bedingung“), sondern auch darin, daß die Annahme des Darlehnsempfängers wirksam nur in dem Augenblick erklärt werden könne, in dem das Eigentum an dem Gelde tatsächlich übergeht, was aber unhaltbar ist.[15])

Schließlich muß in dieser Gruppe noch die Ansicht Niemeyers dargelegt werden. Er äußert S. 47: „Auch die bedingte Eigentumsübertragung von Geldstücken ist geeignet, mutuum zu begründen und zwar mit dem Momente des Eintrittes der Bedingung. Die Bedingung kann auch in dem Wollen des Empfängers bestehen und auch so, daß bis dahin das Geld als depositum behandelt wird. In diesem Fall war die Formulierung darlehnsbegründend „„uti tibi si voles permitto““ (l. 10 D. 12. 1), „„pecunia hac lege deposita, ut si voluisses utereris““ (l. 1 § 34 D 16. 3)“. Auf S. 55 heißt es: Jener Uebergang findet unter den in l. 9 § 9 D. 12, 1 mitgeteilten Umständen sofort statt mit der erteilten Erlaubnis, in dem Fall von l. 10 cit. und l. 1 § 34 cit. mit dem erfolgten Gebrauch. Der Unterschied liegt darin, daß im ersten Fall die Gebrauchserlaubnis erteilt wird auf Grund der Darlehensbitte des Depositars („qui mutuum rogavit“), sodaß mit der Gewährung der Erlaubnis Darlehnskon-

---

[15]) Auch Sintenes ist derselben Ansicht, wie die im Text genannten Schriftsteller. Vergl. S. 145. Er sagt, daß ein „bedingtes Eingehen eines Darlehenskontraktes vorliege; es handle sich um das Substituieren eines Rechtsgeschäfts für ein anderes nach Willkür eines Kontrahenten.

Ebenso Vangerow, Pand. Bd. III § 630. Ein eventueller Darlehensvertrag soll mit dem depositum regulare derart verbunden sein, daß es dem Willen des Depositars anheimgegeben sei, das dep. reg. in ein Darlehen umzuwandeln. Nur die Frage soll den Juristen beschäftigt haben, wann das eventuell beabsichtigte Darlehen seinen Anfang nehme.

sens und durch brevi manu Traditio Eigentumsübergang gegeben ist. Im zweiten Falle dagegen liegt nur eine Offerte seitens des Deponenten vor, verbunden mit bedingter Traditionserklärung. Nimmt der Depositar an und erklärt er durch Konsumption den Eigentumserwerbswillen, so ist das Darlehensgeschäft perfekt". Auch bei ihm ist die Verwendung des Ausdruckes „Bedingung" irreführend. Niemeyer ist derselben Ansicht wie die übrigen in diesem Abschnitt erwähnten Schriftsteller. Zwar vertritt er für l. 9 § 9 cit. wie auch Glück die herrschende Meinung, daß nämlich in dieser Stelle der Depositar den Antrag zum Umwandlungsvertrage macht, und daß der Vertrag durch einfache zustimmende Willenserklärung des Deponenten zum Abschluß kommt. Für l. 10 cit. und l. 1 § 34 cit. sagt Niemeyer ausdrücklich, daß nur eine Offerte seitens des Deponenten vorliegt, verbunden mit bedingter Traditionserklärung. Die Offerte ist aber vom Deponenten einheitlich ausgedrückt, obgleich sie, wie in § 2 dieser Abhandlung gezeigt wurde, mehrfachen Willensinhalt hat. Niemeyer sagt, daß das Darlehensgeschäft erst perfekt ist, wenn der Depositar annimmt und durch Konsumption den Eigentumserwerbswillen erklärt. Eine Offerte kann nicht bedingt im Rechtssinne sein. Verfehlt ist es, davon zu reden, daß bei einer Offerte die Bedingung auch in dem Wollen des Antragsempfängers bestehen könne. Das Wollen des Empfängers einer Offerte ist die selbstverständliche Voraussetzung jeder Annahmeerklärung eines Oblaten. Verfehlt ist diese Ausdrucksweise ganz besonders deshalb, weil auch Niemeyer in Wahrheit nicht das „Wollen" als den „bedingenden" Umstand ansieht, sondern „den tatsächlichen Geldgebrauch durch den Depositar". Ist aber nach Niemeyers eigener Ausführung das Darlehnsgeschäft erst mit dem tatsächlichen Geldgebrauch durch den Depositar perfekt, so ist vorher keinerlei Raum für eine Bedingung im Rechtssinne.

Richtig verstanden ist Niemeyer gleicher Ansicht wie Glück, Neustetel und Heimbach.

Kurz zusammengefaßt kommen diese Schriftsteller zu folgendem Ergebnis.

Das depositum regulare an vertretbaren Sachen geht im Allgemeinen durch einfache übereinstimmende Willenserklärungen des Deponenten und des Depositars in ein depositum irregulare oder ein Darlehen über. In l. 10 cit. und l. 1 § 34 cit. macht der Deponent den Antrag (Offerte) zu diesem Umwandlungsvertrage. Diesen Antrag hat aber der Deponent in besonderer Weise gestaltet. Die Besonderheit liegt keineswegs in dem „Wollen" des Antragsempfängers, wie die erwähnten Schriftsteller im Widerspruch zu ihren eigenen Ausführungen zwar behaupten; sondern die Besonderheit soll darin liegen, daß nach dem zum Ausdruck gekommenen Willen des Deponenten die Annahme des Depositars

nur durch den tatsächlichen Geldgebrauch erklärt werden könne, wie die vorstehenden Schriftsteller in Wahrheit meinen, wenn sie auch behaupten, die Besonderheit liege in dem „Wollen" des Depositars. Demnach soll der Deponent bei seinem Antrag vorgeschrieben — volkstümlich ausgedrückt „zur Bedingung gemacht" — haben, daß der Depositar seinen Annahmewillen wirksam nur durch die konkludente Handlung des Geldgebrauchs erklären könne, und daß er nur auf diese Weise den Umwandlungsvertrag und damit allein den Uebergang zum Abschluß bringen solle und könne.

Nach den Ausführungen der vorerwähnten Schriftsteller sollen wir annehmen, daß die Juristen in l. 10 cit. und l. 1 § 34 cit. uns besonders gestaltete Offerten des Deponenten haben vorführen wollen. Schon an sich wenig annehmbar vermißt man bei dieser Ansicht vor allem die Erklärung dafür, welche Gründe den Deponenten veranlaßt haben sollen, im Gegensatz zu l. 9 § 9 cit. den Umwandlungsvertrag nicht durch einfache Willenserklärung des Depositars, sondern nur durch die konkludente Handlung des tatsächlichen Geldgebrauchs zustandekommen lassen zu wollen.

Die Stellen selbst bieten für diese Auslegung keinen Anhalt. Würde das Entscheidende für die Auslegung in einer vom Deponenten gewollten und vorgeschriebenen verschiedenen Form der Erklärung des Annahmewillens des Depositars zu suchen sein, so wäre dies auch in den Stellen selbst zum Ausdruck gekommen. Da dies mit keinem Worte der Fall ist, so erscheint auch die im Vorstehenden dargelegte Ansicht unhaltbar.

§ 5.

Allseitig ist man darüber einig, daß in sämtlichen hier zur Erörterung stehenden Quellenstellen zwischen den beiden Vertragsparteien zunächst ein depositum regulare an Geld vorliegt. Antrag und Annahme, die übereinstimmend diesen Vertrag zum Abschluß bringen, sind in den Stellen nicht besonders hervorgehoben. Es heißt in l. 34 pr. cit. „pecuniam apud te depositam"; in l. 9 § 9 cit. „deposui apud te decem"; in l. 10 cit. „cum deponerem"; in l. 1 § 34 cit. „pecunia apud te deposita". Der Deponent hat durch das Wort „deponere" oder in sonstiger Weise unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß er das Geld zur Verwahrung gibt. Die Pandektenjuristen, die praktische Fälle erörtern und entscheiden, lassen für die vorstehenden Stellen keinen Zweifel darüber, daß der Deponent das Geld, das er zur Verwahrung gibt, zunächst in seinem Eigentum behält. Er gibt das Geld zum depositum regulare. Da der Wille des Deponenten in der als Antrag zum depositum regulare anzusehenden Geldhingabe hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt, so erfolgt die Annahme

des Depositars durch die konkludente Handlung der Geldannahme. Nach den Quellenstellen ist es klar und außer Streit, daß in allen hier zur Erörterung stehenden Fragmenten durch die Geldhingabe und Geldhinnahme zwischen den Parteien ein depositum regulare zum Abschluß kommt. Eigentum, Gefahr und juristischer Besitz des Geldes verbleiben also zunächst dem Deponenten.

In l. 34 pr. cit. und in l. 9 § 9 cit. ist nachträglich, nachdem das depositum regulare bereits einige Zeit bestanden hatte, durch zeitlich nachfolgenden neuen Vertragsabschluß das depositum regulare in ein depositum irregulare oder Darlehen umgewandelt worden.

Auch für l. 10 cit. und l. 1 § 34 cit. wird, wie in § 3 und § 4 dieser Abhandlung gezeigt wurde, bisher der gleiche Standpunkt vertreten. Wenngleich die Offerte des Deponenten zu dem Umwandlungsvertrag in diesen Stellen gleich anfangs bei Begründung des depositum regulare für vorliegend erachtet wird, so wird doch stets angenommen, daß die Annahme dieser Offerte nachträglich durch den Depositar erfolgt und zwar erst durch den tatsächlichen Geldgebrauch, sodaß erst mit diesem Geldgebrauch nachträglich der Umwandlungsvertrag zum Abschluß kommt, der alsdann sofort den Uebergang in ein depositum irregulare oder ein Darlehen herbeiführt.

Nach meiner hiervon abweichenden Meinung werden in l. 10 cit. und l. 1 § 34 cit. gleich anfangs — ab initio — beide Verträge, nämlich das depositum regulare und der Umwandlungsvertrag, depositum irregulare oder Darlehen, nebeneinander und zusammen zum Abschluß gebracht.

Der Abschluß eines depositum regulare an Geldstücken und der gleichzeitige Abschluß eines depositum irregulare oder eines Darlehens an denselben Geldstücken ist natürlich unmöglich, wenn beide Verträge sofort wirksam sein sollen. Bei dem depositum regulare hat der Deponent Eigentum, Gefahr und juristischen Besitz der Geldstücke, während bei dem depositum irregulare oder Darlehen gerade umgekehrt der Depositar Eigentümer, Gefahrträger und juristischer Besitzer der Geldstücke ist. Die gleichzeitigen Wirkungen beider Verträge an denselben Geldstücken nebeneinander schließen sich sonach mit Rechtsnotwendigkeit aus. Es ist aber durchaus möglich, beide Verträge gleichzeitig zum Abschluß zu bringen, wenn zunächst nur die Wirkungen des depositum regulare und demnächst unter Aufhören dieser Wirkungen nur die Wirkungen des depositum irregulare oder des Darlehens eintreten sollen. Wenn A dem B am 1. April 10 000 M. in Geldstücken zum depositum regulare gibt, so kann schon am 1. April gleichzeitig zwischen den beiden Parteien hinsichtlich derselben Geldstücke ein depositum irregulare oder Darlehen abgeschlossen werden, indem

ausgemacht wird, daß die Wirkungen des depositum irregulare oder Darlehens mit dem 1. Oktober mittags 12 Uhr eintreten sollen. Vom 1. April bis 1. Oktober mittags 12 Uhr bestehen die Wirkungen des depositum regulare; vom 1. Oktober mittags 12 Uhr ab bestehen unter Ablösung der Wirkungen des depositum regulare nur noch die Wirkungen des depositum irregulare oder Darlehens. Bis zum 1. Oktober mittags 12 Uhr ist der Deponent Eigentümer, Gefahrträger und juristischer Besitzer der Geldstücke; von da ab ist es ohne irgendwelche neue rechtsgeschäftliche Aeußerung von irgend einer Seite der Depositar. Das depositum regulare ist sofort wirksam, aber auflösend befristet, sodaß die Wirkungen mit Eintritt des Termins aufhören; das depositum irregulare oder Darlehen ist nicht sofort wirksam, sondern aufschiebend befristet, sodaß seine Wirkungen erst mit dem Eintritt des Termins beginnen.

Das Gleiche gilt, falls nicht eine Befristung, sondern eine Bedingung in Frage kommt. Wenn A dem B am 1. April 10 000 M. in Geldstücken zum depositum regulare gibt, so kann gleichzeitig bezüglich derselben Geldstücke ein depositum irregulare oder Darlehen in der Weise zum Abschluß kommen, daß ausgemacht wird: die Wirkungen des depositum irregulare oder Darlehens sollen eintreten, wenn X in Konkurs gerät. Hier treten gleichfalls die Wirkungen des depositum regulare sofort ein; sie sind aber auflösend bedingt. Mit dem Eintritt des zukünftigen ungewissen Ereignisses des Konkurses bei X hören die Wirkungen des depositum regulare auf. Das gleichzeitig an denselben Geldstücken abgeschlossene depositum irregulare oder Darlehen ist nicht sofort wirksam; es ist aufschiebend bedingt, sodaß seine Wirkungen erst mit Eintritt des gleichen zukünftigen ungewissen Ereignisses, nämlich der Konkurseröffnung bei X, beginnen.

Die Worte „a b i n i t i o“ in den beiden Digestenstellen sind von den meisten Schriftstellern übersehen worden. Die Schriftsteller aber, die diese Worte nicht übersehen haben, legen ihnen nicht die ihnen zukommende Bedeutung bei.

Die Worte „ab initio“ sind von größter Wichtigkeit für die Interpretation der beiden Fragmente. Gleich anfangs bei der Hingabe und Hinnahme des Geldes zum depositum regulare hat der Deponent die Gebrauchserlaubnis erteilt, also den Antrag zu dem depositum irregulare oder Darlehen gemacht. In erster Linie soll ein depositum regulare an den Geldstücken begründet werden. Dies ist das Interesse, das den Deponenten zur Hingabe des Geldes treibt. Diesem Interesse des Deponenten kommt der Depositar entgegen, indem er sich zur Annahme des Geldes zum depositum regulare entschließt. Beide Parteien fassen aber gleich anfangs bei der Begründung des depositum regulare den Fall ins Auge, daß später einmal der Depositar den Wunsch haben könnte, das Geld

für sich zu gebrauchen. Diesen künftig möglichen Fall regeln die Parteien bindend gleichzeitig mit dem Abschluß des depositum regulare. Würde der Depositar gleich anfangs das Interesse haben, das Geld alsbald für sich zu gebrauchen, und würde der Deponent wegen dieses Interesses des Depositars sich zur Hingabe des Geldes entschließen, so würde es keinen Sinn haben, ein depositum regulare an dem Gelde begründen zu wollen, die Parteien würden vielmehr sofort lediglich und allein entweder ein depositum irregulare oder ein Darlehen begründen. In beiden Fällen unserer Fragmente besteht aber zunächst nur das Interesse des Deponenten, die Geldstücke zum depositum regulare zu geben; hierauf geht, wie früher gezeigt wurde, der Depositar ein durch Annahme der Geldstücke. Aber schon bei Eingehung dieses depositum regulare steht den Parteien der leicht vorkommende Fall vor Augen, daß der Depositar später den Wunsch haben könnte, das Geld für sich zu gebrauchen.

Die Parteien wollen ihre Rechtsbeziehungen für diesen später möglichen Fall gleich bindend regeln; selbstverständlich sollen die Wirkungen dieser Regelung erst eintreten, wenn der als möglich ins Auge gefaßte Fall auch tatsächlich eintritt. Die Wirkungen des als möglich angesehenen depositum irregulare oder Darlehens sollen erst mit dem Eintritt des zukünftigen ungewissen Ereignisses des tatsächlichen Geldgebrauchs durch den Depositar beginnen. Dieses zukünftige ungewisse Ereignis kann natürlich nicht der innere Vorgang des Geldbenötigens oder Geldbedürfnisses auf Seiten des Depositars sein, sondern nur der äußere, auch tatsächlich erkennbare Vorgang der Verfügung über die Geldstücke durch den Depositar. Das Geld wird hingegeben und hingenommen, um daran gleichzeitig ein depositum regulare und ein im Rechtssinn aufschiebend bedingtes depositum irregulare oder Darlehen zu begründen. Mit der Hingabe des Geldes zum depositum regulare und der gleichzeitig dabei erteilten Gebrauchserlaubnis, macht der Deponent dem Depositar z w e i Offerten; einmal die Offerte zu einem sofort wirksamen, aber durch das Geldangreifen von Seiten des Depositars auflösend bedingten depositum regulare; zweitens die Offerte zu einem aufschiebend bedingten, nämlich in seinen Wirkungen vom späteren Geldangreifen durch den Depositar abhängigen depositum irregulare oder Darlehen. Der Depositar erklärt die Annahme sowohl zu dem auflösend bedingten depositum regulare, wie dem aufschiebend bedingten depositum irregulare oder Darlehen, indem er die unter gleichzeitiger Stellung beider Offerten hingegebenen Gelder annimmt. So kommen durch Hingabe und Annahme des Geldes in den beiden Fragmenten gleichzeitig die beiden Verträge zum Abschluß; nämlich einmal das depositum regulare, dessen Wirkungen sofort mit der Annahme des Geldes durch den Depositar eintreten; sodann aber auch der Um-

wandlungsvertrag in das depositum irregulare oder Darlehen, der aber aufschiebend bedingt ist.

Beide Vertragsteile sind sich bei Begründung des depositum regulare, bei Hingabe und Hinnahme des Geldes darüber einig, daß der Depositar Eigentümer der Geldstücke werden und zur Rückgabe von tantundem verpflichtet sein soll, sobald der Depositar die bei ihm deponierten Geldstücke tatsächlich angreift. Es genügen zur Begründung des depositum irregulare oder Darlehens einfache übereinstimmende Willenserklärungen beider Parteien ohne irgendwelche weiteren Handlungen, insbesondere ohne Gebrauchsakt an dem Gelde. Dem Erfordernis der realen Uebergabe wegen Begründung eines Realkontraktes wird dadurch genügt, daß mit Hingabe und Hinnahme des Geldes gleichzeitig die beiden Realkontrakte, depositum regulare und depositum irregulare oder Darlehen begründet werden. Der Eigentumsübertragungsvertrag wird zwischen den Parteien abgeschlossen; allerdings unter einer Bedingung, was zulässig ist.[16]) Da der Verwahrer die Sachen vom Hinterleger in Detention erhält, so erübrigt sich eine traditio. Sie erfolgt mit Eintritt der Bedingung brevi manu.[17]) Die Einigung der Parteien über alle zur Begründung eines depositum irregulare oder Darlehens erforderlichen Punkte erfolgt gleich bei Hingabe und Hinnahme des Geldes. Nur die Wirkung ist aufgeschoben. Der Eintritt dieser Wirkung hängt davon ab, daß der Depositar einen tatsächlichen Gebrauchsakt an dem Gelde vornimmt.

Es ist zu untersuchen, ob in den beiden Digestenstellen (l. 10 cit. l. 1 § 34 cit.) Bedingungen im Rechtssinne vorliegen oder nicht. Die Schriftsteller, deren abweichende Meinungen in den §§ 3 und 4 dieser Abhandlung erörtert sind, sind aus verschiedenen Gründen zur Verneinung der aufgeworfenen Fragen gekommen. Sie haben die in der Hinnahme des Geldes liegende Willenserklärung des Depositars übersehen oder nicht beachtet oder verkannt. Sie haben ferner durch die Ausdrucksweise der Stellen „si voles" „si voluisses" irregeführt das Wesentliche in dem „Wollen" des Depositars erblickt und nicht in dem „uti", dem tatsächlichen Ingebrauchnehmen durch den Depositar. Daher findet man bei ihnen die Ansicht, daß die angebliche Bedingung nur nach der Formel „si volam" vom Depositar erklärt sein könne, mithin der Bedingung „faciam, si volam" gleichzustellen sei und als Bedingung mithin ebenso nichtig zu erachten sei, wie in ll. 7 pr. D. 18, 1; 8 D. 44, 7; 46 § 3, 108 § 1 D. 45, 1.

Wenn in den beiden Fragmenten, l. 10 cit. und l. 1 § 34 cit. eine Zufallsbedingung eingefügt wäre, wie beispielsweise: Du sollst die jetzt von mir zum depositum regulare zu empfangenden Geld-

---

[16]) Windscheid, Pand. § 172 Ziff. 7.
[17]) Windscheid, Pand. § 172 Ziff. 8a.

stücke demnächst aus depositum irregulare oder Darlehen schulden, wenn X stirbt; dann würde man wohl erkannt haben, daß gleich anfangs bei der Begründung des depositum regulare auch ein depositum irregulare oder Darlehen bindend abgeschlossen worden ist. Man würde wohl erkannt haben, daß der Depositar durch die konkludente Handlung der Annahme des unter Doppelofferte angebotenen Geldes gleichzeitig beide Verträge, das depositum regulare und den Umwandlungsvertrag, zum Abschluß bringt. Schon durch die Annahme des Geldes erklärt der Depositar in Uebereinstimmung mit dem Antrage des Deponenten, daß er Eigentümer des Geldes sein und zur Rückgabe einer gleichen Menge gleicher Art und Güte verpflichtet sein will, wenn die Bedingung, nämlich der Tod des X eintritt. Mit dem Tode des X hören die Wirkungen des depositum regulare von selbst auf und beginnen von selbst die Wirkungen des depositum irregulare oder Darlehens. Ob der Depositar das Geld nach dem Tode des X angreift oder nicht, ist ganz unerheblich. Ohne irgend eine Willensäußerung des Depositars, insbesondere ohne irgend einen Gebrauchsakt an dem Gelde tritt der Eigentumserwerb an dem Gelde und die Verpflichtung zur Rückgabe einer gleichen Menge gleicher Art und Güte ein, weil diese Folgen von den Parteien gleich anfangs bei Vertragsschluß bindend geregelt worden sind.

Dadurch, daß in den beiden Stellen aber eine reine Potestativbedingung in Frage kommt, ist der Blick für die richtige Auslegung getrübt worden. Es ist zunächst zu prüfen, ob eine wahre Bedingung (Bedingung im Rechtssinn) vorliegt, wenn die Wirkung eines Rechtsgeschäftes mit einer im freien Willen des zu Verpflichtenden gelegenen Handlung beginnen soll. Zutreffend sagt Windscheid Pand. I § 93: „Wenn als Bedingung gesetzt wird, daß derjenige, dessen Wille durch die Willenserklärung unterworfen werden soll, die Unterwerfung wollen sollte, so wird sein Wille gar nicht unterworfen". „Anders ist es, wenn als Bedingung eine Handlung desjenigen gesetzt wird, dessen Wille unterworfen werden soll (genauer: eine andere Handlung als die Erklärung des Willens, daß die Willensunterwerfung eintreten solle), mag es auch ganz in seinem Belieben stehen, ob er diese Handlung vornehmen will oder nicht". „Der Urheber der Willenserklärung muß das zur Bedingung gestellte Handeln als ein von selbständigen Erwägungen abhängiges, nicht als einen bloßen Ausdruck des Willens, daß die fragliche rechtliche Wirkung eintreten solle angesehen haben." Enneccerus drückt dies zutreffend dahin aus:[18]) So oft die zur Bedingung gesetzte Handlung (A) und das Wollen der Verpflichtung (B) nicht identisch sind, kann die Gebundenheit des Promittenten beabsichtigt sein und bewirkt werden; denn in allen diesen Fällen ist es

[18]) Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung usw. S. 276.

möglich, daß der Promittent später die Handlung A um ihrer selbst willen vornimmt, und dadurch die Verpflichtung purifiziert, während er den Verpflichtungswillen B nicht gefaßt haben würde."

Die zur Bedingung gesetzte Handlung ist „das tatsächliche Ingebrauchnehmen des Geldes durch den Depositar". Es bedarf keiner näheren Ausführung, daß diese Handlung von vielen anderen Erwägungen abhängig sein kann, als nur der, sich verpflichten zu wollen; die Handlung kann vom Depositar um ihrer selbst willen vorgenommen werden, ohne sich verpflichten zu wollen. Es kann somit „das Gebrauchen des Geldes durch den Depositar" als wahre Bedingung (Bedingung im Rechtssinne) durch Parteiwillkür einem depositum irregulare oder Darlehen in unseren Stellen eingefügt sein. Wie oben näher ausgeführt und gezeigt wurde, hat der Depositar durch die Annahme oder Hinnahme des Geldes vom Deponenten bereits seinen Verpflichtungswillen deutlich zum Ausdruck gebracht. Er hat in seinem Verhalten gegenüber der mit Doppelofferte des Deponenten versehenen Hingabe des Geldes zweifelsfrei zu erkennen gegeben, daß er zunächst ein depositum regulare an dem empfangenen Gelde begründen will; und ferner gleichzeitig einwandfrei seinen Willen erklärt, aus depositum irregulare oder Darlehen haften zu wollen, sobald er das empfangene Geld später tatsächlich in Gebrauch nimmt. Mit dem Augenblick, in dem der Depositar später das Geld angreift oder in anderer Weise darüber verfügt, treten von selbst die Wirkungen des depositum irregulare oder Darlehens ein. Diese Verpflichtung tritt sogar gegen seinen Willen ein, falls er bei dem Gebrauchsakt an dem Gelde eine Verpflichtung aus depositum irregulare oder Darlehen nicht wollen sollte. Sowohl die Uebernahme der Verpflichtung aus depositum irregulare oder Darlehen, als die Erfüllung der im Geldgebrauch liegenden Bedingung hängen an sich gewiß lediglich vom freien Willen des Depositars ab. Die bisherigen unzutreffenden Auslegungen erklären sich dadurch, daß man stets in dem Geldgebrauch des Depositars erst die Willenserklärung erblickt hat, durch die der Depositar angeblich den Umwandlungsvertrag zum Abschluß bringt und durch die er erst die Rechte und Pflichten aus depositum irregulare oder Darlehen übernimmt. Bei solcher Anschauung kann natürlich in dem Geldgebrauch keine wahre Bedingung oder Bedingung im Rechtssinne erblickt werden. Bei solcher Auffassung kann man die früheren Auslegungen verstehen, die dahin gehen, daß der Depositar einen bedingten Umwandlungsvertrag deshalb nicht geschlossen haben könne, weil er dies bei Empfang des Geldes nur nach der Formel „si volam" getan haben könne und diese Erklärung ebenso nichtig sei, wie die Formel „faciam, si volam". Der Wille, sich aus Darlehen oder depositum irregulare verpflichten zu wollen, und der Wille, das Geld gebrauchen zu wollen, fallen aber nicht, wie die

bisherige Auslegung fälschlich angenommen hat, in unseren Stellen zusammen. Vielmehr hat der Depositar gleich anfangs bei dem gleichzeitigen Abschluß des depositum regulare und des Umwandlungsvertrages seinen Verpflichtungswillen, aus depositum irregulare oder Darlehen haften zu wollen, bindend erklärt. Die Verpflichtung tritt allerdings erst ein, wenn die Bedingung erfüllt wird; und diese Erfüllung hängt ausschließlich vom Willen des Depositars ab. Die Erfüllung der Bedingung, aber nicht das Eintreten der Verpflichtung, hängt nach der Annahme des Geldes vom Willen des Depositars ab.

Nimmt er an dem Gelde einen Gebrauchsakt vor, ohne den Willen, sich verpflichten zu wollen, oder sogar mit dem Willen, nicht verpflichtet zu werden, so wird er doch aus depositum irregulare oder Darlehen verpflichtet, weil er diesen Willen früher bei Annahme des Geldes bereits bindend erklärt hat. Daraus ergibt sich für unsere Stellen die Folgerung, daß der Deponent seine Gebrauchsgestattung nicht zurückziehen oder widerrufen kann, und daß trotz dieses Widerrufs und trotz seiner nach Vertragsabschluß etwa eintretenden Geschäftsunfähigkeit und trotz seines nach Vertragsabschluß eintretenden Todes die Wirkungen des depositum irregulare oder Darlehens eintreten, sobald der Depositar über das Geld tatsächlich verfügt. Vielleicht wird man den Standpunkt vertreten können und sogar vertreten müssen, daß der Depositar das Geld nicht mehr angreifen darf und die Wirkung der Umwandlung nicht mehr herbeiführen kann, wenn der Deponent oder dessen Erbe das Geld aus dem zunächst wirksamen depositum regulare zurückfordert, bevor der Depositar das Geld angegriffen hat. Dies kann aber nur aus der Absicht der Parteien, aus ihrem mutmaßlichen Willen bei Abschluß der beiden Verträge geschlossen werden. Fordert der Deponent oder dessen Erbe das Geld aus dem depositum regulare nicht zurück, so kann er durch bloßen Widerruf seiner Gebrauchserlaubnis das Wirksamwerden des fertig abgeschlossenen depositum irregulare oder Darlehens nicht hindern, wenn der Depositar trotzdem das Geld angreift; wie ein Gleiches in dem Endergebnis auch für den Fall des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit des Deponenten gilt.

Die l. 9 § 9 cit. auf der einen Seite und die l. 10 cit. auf der anderen Seite stehen äußerlich in einem gewissen Gegensatz. Offenbar wegen dieses Gegensatzes sind sie in der Kompilation zusammengestellt. In dem gegebenen praktischen Fall der l. 9 § 9 cit. tritt der Uebergang ohne Gebrauchsakt ein; in dem praktischen Falle der l. 10 cit. dagegen erst mit einem von Seiten des Depositars vorzunehmenden Gebrauchsakt.

Nur dem äußeren Anschein nach stehen l. 34 pr. D. 17, l. 9 § 9 D. 12, 1 auf der einen Seite und l. 10 D. 12, 1, l. 1 § 34 D. 16, 3 auf

der anderen Seite in einem gewissen Widerspruch. Bei richtiger Erkenntnis des wahren Inhalts aller dieser Fragmente hat sich gezeigt, daß sie sämtlich auf der gleichen einheitlichen Grundregel beruhen, die dahin geht, daß der Uebergang eines depositum regulare an vertretbaren Sachen in ein depositum irregulare oder Darlehen durch formlosen Vertrag zwischen Deponent und Depositar herbeigeführt wird. Wir haben gesehen, daß bei keiner der vier Stellen, insbesondere auch nicht in l. 10 cit. und l. 1 § 34 cit. irgendwelches Gewicht auf die Art und Weise gelegt ist, wie eine der beiden Parteien ihren Willen zu dem Umwandlungsvertrag erklärt, ob dies durch Worte oder konkludente Handlungen geschieht.

Die Pandektenjuristen wollen uns in den betreffenden praktischen Fällen insbesondere nicht verschieden gestaltete Antragserklärungen des Deponenten zu dem Umwandlungsvertrag und verschieden gestaltete Formen der den Umwandlungsvertrag zum Abschluß bringenden Annahmeerklärung des Depositars zeigen. Sie wollen uns vielmehr in l. 10 cit. und l. 1 § 34 cit. zeigen, daß beide Verträge, nämlich depositum regulare und daneben depositum irregulare oder Darlehen hinsichtlich derselben vertretbaren Sachen gleichzeitig zum Abschluß kommen können; der Natur der Sache entsprechend aber nur so, daß zunächst die Wirkungen des depositum regulare beginnen und diese später von einem bestimmten Zeitpunkt oder Ereignis ab durch die alsdann beginnenden Wirkungen des depositum irregulare oder Darlehens abgelöst werden; und daß das zukünftige Ereignis auch in der reinen Potestativbedingung des vom ausschließlichen Willen des Depositars abhängigen Geldgebrauchs bestehen kann.

Der Wortlaut der Stellen bestätigt die Richtigkeit dieser Auslegung.

Beide Stellen betonen ausdrücklich „ab initio, cum deponerem" „ab initio hac lege deposita". Bei solchem Wortlaut muß in der Hinnahme des Geldes durch den Depositar die Annahmewillenserklärung gefunden werden, die den Umwandlungsvertrag zum Abschluß bringt. Würde die Gebrauchserlaubnis des Deponenten allerdings nicht gleich anfangs, sondern erst nach Abschluß des depositum regulare, insbesondere nach Empfang des Geldes, also später, dem Depositar erteilt sein, so würde in unseren Stellen erst der tatsächliche Gebrauch des Geldes die Willenserklärung sein können, die den Umwandlungsvertrag zum Abschluß bringt.

Die Ausdrucksweise „uti tibi si voles" und „si voluisses utereris" spricht für das Vorliegen einer wahren Bedingung und zwar einer Potestativbedingung. Wenn der Umwandlungsvertrag noch nicht fest unter der Potestativbedingung des Geldgebrauchs durch den Depositar abgeschlossen wäre, wenn vielmehr der Geldgebrauch erst die Annahme der Offerte zum Umwandlungsvertrag darstellen

sollte, dann würden die Stellen sich anders ausgedrückt haben. Richtigerweise wird man in l. 1 § 34 cit. die Worte „hac lege" übersetzen müssen „mit der Bedingung" und nicht „mit der Offerte". Endlich liefert l. 10 cit. einen unwiderlegbaren Beweis dafür, daß der Eintritt der Schuldverpflichtung auf Seiten des Depositars von der Erfüllung der Potestativbedingung des Geldgebrauchs durch den Depositar abhängig sein muß, wenn es heißt „creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum". Der in § 3 dieser Abhandlung bekämpften Ansicht ist hier entgegenzuhalten, daß nach Wortlaut und Inhalt dieser Stelle der Uebergang nur durch den tatsächlichen Geldgebrauch herbeigeführt werden kann „creditam non esse, antequam mota sit". Entgegen diesem klaren Wortlaut behaupten die Vertreter dieser Ansicht sogar, daß auch jede anderweite Willenserklärung des Depositars vor dem Geldgebrauch den Uebergang herbeigeführt haben würde. Der in § 4 dieser Abhandlung bekämpften Ansicht ist entgegenzuhalten: Der Wortlaut der Stelle enthält nicht das Geringste davon, daß und warum sich der Deponent darauf versteift haben sollte, daß sein Antrag zum Uebergang nur durch den Geldgebrauch angenommen werden könne, und warum jedwede anderweite gleichbedeutende Willenserklärung des Depositars wirkungslos sein soll. Beide Meinungen sind aber vor allem unvereinbar mit dem Satze „quoniam debitu iri non est certum". Wenn ein Vertrag noch nicht abgeschlossen ist; vielmehr auf die Offerte die zum Abschluß erforderliche Annahme noch aussteht, dann drückt sich der römische Jurist niemals so aus, wie hier geschieht. Nach dem Wortlaut muß eine Bedingung vorliegen, deren Erfüllung noch ungewiß ist; von deren Erfüllung aber der Eintritt einer bereits begründeten nur noch nicht wirksam gewordenen Schuldverpflichtung des Depositars abhängig ist.

Diese Bedingung ist, wie die Stellen klar erkennen lassen, der allein vom Willen des Depositars abhängende Geldgebrauch.

§ 6.

In den neueren Gesetzeswerken findet man vielfach Bestimmungen, die sich mit dem Uebergang des depositum regulare in ein depositum irregulare oder Darlehen befassen. Wortlaut und Inhalt der Bestimmungen lassen erkennen, daß sie ihren Ursprung in l. 9 § 9 cit. l. 10 cit. und l. 1 § 34 cit. haben. Bei näherer Prüfung wird sich zeigen, welchen Einfluß die Auslegung dieser Stellen und deren Auffassung gehabt hat.

Außer dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, dessen im § 700 enthaltene Bestimmung später besonders eingehende Betrachtung erfordert, sollen hier nur Erwähnung finden das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (1811)

§ 959; Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogtum Hessen (1853) Art. 326; Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern (1861) Art. 665; Dresdener Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse (1864) Art. 738.

Dem Inhalte nach und teilweise sogar dem Wortlaute nach übereinstimmend besagen die erwähnten Rechtssätze folgendes: Wenn bei einem depositum regulare der Verwahrer den Hinterleger um die Gebrauchsgestattung angeht, dann soll gleich mit der Gebrauchsgestattung des Hinterlegers der Uebergang stattfinden; wenn aber der Hinterleger dem Verwahrer den Gebrauch von sich aus gestattet, dann soll der Uebergang stattfinden, sobald der Verwahrer diese Gestattung entweder ausdrücklich oder stillschweigend, insbesondere durch den Gebrauch, annimmt.

Sachlich enthalten alle diese Bestimmungen weiter nichts, wie die Hervorhebung der Grundregel, daß der Uebergang sich durch übereinstimmende Willenserklärungen beider Parteien, also durch bloßen Vertrag, vollzieht. Die umständliche Ausdrucksweise und Behandlungsweise, je nachdem ob der Verwahrer oder der Hinterleger den Antrag macht, entspricht ganz der Behandlung und Betrachtung, die l. 9 § 9 cit., l. 10 cit. und l. 1 § 34 cit. bei den früher erwähnten Schriftstellern erfahren haben. Die Redaktoren der oben hervorgehobenen Gesetzesbestimmungen sind bei Auslegung und Auffassung der drei Digestenstellen sämtlich von der in § 3 dieser Abhandlung dargelegten herrschenden Ansicht ausgegangen. Es darf als geradezu unverständlich bezeichnet werden, wie man bei einer derartigen Auffassung der Fragmente dazu schreiten konnte, die oben besprochenen Rechtssätze in die Gesetzeswerke aufzunehmen. Wenn man es überhaupt für erforderlich hielt, in das betreffende Gesetzeswerk eine den Uebergang betreffende Bestimmung aufzunehmen, so hätte man mit kurzen allgemeinen Worten die Grundregel zum Ausdruck bringen sollen, daß der Uebergang durch bloßen Vertrag der Parteien stattfindet. Die höchst umständliche, unglückliche, kasuistische Fassung der betreffenden Rechtssätze wäre am besten ganz unterblieben.

§ 7.

Im § 2 dieser Abhandlung wurde schon dargelegt, daß es zum Uebergang der regelmäßigen Verwahrung in eine unregelmäßige Verwahrung oder ein Darlehen nach dem Rechte des B. G. B. nur eines formlosen Vertrages zwischen den Parteien bedarf. Es wurde auch dort bereits gezeigt, daß zu dem Uebergang keineswegs eine Aneignungshandlung des Verwahrers an den vertretbaren Sachen erforderlich ist. Wenn Hinterleger und Verwahrer bezüglich hinterlegter vertretbarer Sachen sich dahin einigen, daß der Ver-

wahrer alsbald Eigentümer der vertretbaren Sachen werden und zur Rückgabe einer gleichen Menge gleicher Art und Güte verpflichtet sein soll, so entsteht unmittelbar mit Vertragsschluß aus der regelmäßigen Verwahrung eine unregelmäßige Verwahrung oder ein Darlehen an den vertretbaren Sachen, ohne daß der Verwahrer die vertretbaren Sachen rechtlich oder tatsächlich angreift. Gleich hier mag hervorgehoben werden, daß die den Uebergang betreffende Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuches im § 700 Abs. 1 Satz 2 in dem oben bezeichneten Fall nicht Platz greift. Die Bestimmung lautet: „Gestattet der Hinterleger dem Verwahrer, hinterlegte vertretbare Sachen zu verbrauchen, so finden die Vorschriften über das Darlehen von dem Zeitpunkt an Anwendung, in welchem der Verwahrer sich die Sachen aneignet."

Das richtige Verständnis der Bestimmung im § 700 Abs. 1 Satz 2 hängt zunächst von der richtigen Erkenntnis der Entstehungsgeschichte und historischen Entwicklung der Vorschrift ab.

Die entsprechende Vorschrift des ersten Entwurfes zum Bürgerlichen Gesetzbuch findet sich dort in dem entsprechenden § 618 Abs. 1 Satz 2. Sie lautet: „Hat der Hinterleger dem Verwahrer gestattet, die hinterlegten vertretbaren Sachen zu verbrauchen, wenn der Verwahrer wolle, so geht der Vertrag in einen Darlehnsvertrag mit dem Zeitpunkt über, in welchem der Verwahrer von der Gestattung Gebrauch macht". Die Motive Bd. II bemerken hierzu auf S. 577, 578: „Für den Fall, daß der Hinterleger nur bestimmt hat, daß der Verwahrer die hinterlegten vertretbaren Sachen verbrauchen dürfe, wenn er wolle, bestimmt der Entwurf, der Vertrag gehe (erst) mit dem Zeitpunkt in einen Darlehensvertrag über, in welchem der Verwahrer von der Gestattung Gebrauch macht. Es ist nicht zulässig, für diesen Fall den Vertrag sofort als Darlehensvertrag zu betrachten. Hierin läge in Rücksicht auf die Tragung der Gefahr (Sächs. BGB. § 1276) die größte Unbilligkeit gegen den Verwahrer, namentlich dann, wenn der Letztere die Absicht hätte, von der betreffenden Erlaubnis gar nicht oder nur unter besonderen nicht eingetretenen Umständen Gebrauch zu machen. Die sich oft ergebende Schwierigkeit, den entscheidenden Zeitpunkt, wenn nämlich der Verwahrer von der Erlaubnis Gebrauch gemacht hat, zu ermitteln, kann eine entgegengesetzte, den Verwahrer im wesentlichen benachteiligende Vorschrift nicht rechtfertigen". Wegen dieser Begründung der Motive muß auch auf § 1276 des Sächs. BGB. eingegangen werden. Diese Bestimmung lautet: „Ist die Hinterlegung vertretbarer Sachen dergestalt erfolgt, daß der Verwahrer solche von einem bestimmten künftigen Zeitpunkt an als Darlehen haben soll, so geht die Hinterlegung erst von diesem Zeitpunkt an in ein Darlehen über, der Verwahrer trägt aber sofort von der Hinterlegung an den zufälligen Untergang". Diese Vorschrift des Sächs. BGB. gibt ganz klar die

Stelle l. 4 D. 12, 1 wieder. Die Redaktoren dieser Vorschrift des Sächs. BGB. haben in der angezogenen Digestenstelle eine positive Vorschrift des römischen Rechts erblickt. Diese Ansicht ist, wie oben § 2 am Schluß ausgeführt wurde, unrichtig (vergl. oben § 2 vor Anm. 3). Es wurde dort dargelegt, daß die in l. 4 cit. hervorgehobene Ausnahme, daß nämlich der Depositar die Gefahr ausnahmsweise schon vor Eigentumsübergang trägt, auf dem aus den Umständen des Falles zu entnehmenden, von der Regel abweichenden, Parteiwillen beruht. Das Sächs. BGB. hat daraus allerdings eine positive gesetzliche Bestimmung gemacht, die in ihrer Allgemeinheit kaum zu verstehen und niemals zu billigen ist. Die Motive zum deutschen BGB. beziehen sich mit Unrecht auf den § 1276 des Sächs. BGB. Sie gehen zu § 618 von dem Fall aus, daß der Hinterleger einseitig mit der Gebrauchsgestattung eine Offerte zur Umwandlung macht, und sagen ausdrücklich, daß der Verwahrer vielleicht gar nicht die Absicht hat, die Offerte anzunehmen. Der § 1276 Sächs. BGB. geht aber gerade von dem Fall aus, daß die Hinterlegung selbst schon nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien dergestalt erfolgt ist, daß der Verwahrer die vertretbaren Sachen von einem bestimmten künftigen Zeitpunkt an als Darlehen haben soll. Von einer Gebrauchsgestattung des Hinterlegers und einem tatsächlichen Gebrauch durch den Verwahrer ist gar keine Rede. Das Sächs. BGB. geht von dem Fall aus, daß die Parteien bereits einen Vertrag, depositum irregulare oder Darlehen, gleich bei der Hinterlegung mitabgeschlossen haben. Die übereinstimmenden Willenserklärungen darüber, daß demnächst ein depositum irregulare oder Darlehen entstehen soll, sind beiderseits bindend abgegeben; nur die Wirkungen des Umwandlungsvertrages sollen erst mit Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes beginnen. Die Motive mußten daher statt des § 1276 die für ihren Fall entsprechende Vorschrift des Sächs BGB. ins Auge fassen. Dies ist § 1277, welcher lautet: „Hat der Hinterleger dem Verwahrer gestattet, die hinterlegten vertretbaren Sachen von einem ihm beliebigen Zeitpunkt an zu verbrauchen, so geht der Vertrag von der Zeit an in ein Darlehen über, wo der Verwahrer von der Gestattung Gebrauch macht". Das Sächs. BGB. hat nicht daran gedacht, dem Verwahrer stets die Gefahr der vertretbaren Sachen bei einer Hinterlegung aufzubürden, wenn vom Deponenten mit der Gebrauchsgestattung lediglich eine Offerte an den Depositar gemacht ist, und es völlig ungewiß ist, ob der Depositar die Offerte annehmen wird. Es liegt in diesen Fällen in der Gebrauchsgestattung des Deponenten lediglich eine Offerte vor und es wäre der Gedanke ganz unverständlich und abwegig, in solchem Falle schon von der Hinterlegung ab dem Depositar die Gefahr der hinterlegten vertretbaren Sachen aufzubürden. Daran hat auch das Sächs. BGB. nie-

mals gedacht. Das Sächs. BGB. hat dies nach § 1276 nur in dem besonderen Fall getan, daß schon bei der Hinterlegung zwischen den Parteien der Umwandlungsvertrag fest abgeschlossen ist, seine Wirkungen aber von einem späteren bestimmten Zeitpunkt ab eintreten sollen.

Der § 618 Abs. 1 Satz 2 des ersten Entwurfs läßt schon durch seinen Wortlaut erkennen, daß er die in l. 10 cit. und l. 1 § 34 cit. von den Redaktoren für das römische Recht vorhanden erachtete Vorschrift wiedergeben soll. Der kurze Nebensatz „wenn der Verwahrer wolle" gibt wörtlich die kurzen Sätze obiger Digestenstellen „si voles" „si voluisses" wieder. Diese Worte sind aber bedeutungslos, wenn man in der Gebrauchsgestattung des Deponenten nur eine vom Depositar vor dem Geldgebrauch noch nicht angenommene Offerte erblickt. Von dieser durch mich bekämpften Ansicht gehen aber die Redaktoren obiger Gesetzesbestimmung offensichtlich aus. Die entsprechende Vorschrift des zweiten Entwurfes steht im § 640 Abs. 1 Satz 2. Sie lautet: „Hat bei der Hinterlegung vertretbarer Sachen der Hinterleger dem Verwahrer gestattet usw.". Die Fassung der Bestimmung des zweiten Entwurfes gibt einen weiteren Beleg dafür, daß den Redaktoren bei Aufstellung der Regel die l. 10 cit. und l. 1 § 34 cit. vorgeschwebt haben müssen. Es ist auffallend, daß im Gegensatz zum ersten Entwurf jetzt die Worte eingeschaltet sind „bei der Hinterlegung". Dies sind die in beiden Digestenstellen wiederkehrenden Ausdrücke „ab initio". Trotzdem sind die Redaktoren bei ihrer der herrschenden Lehre entsprechenden Auffassung verblieben, daß in beiden Stellen nur eine vom Depositar zunächst nicht angenommene Offerte des Deponenten vorliege, deren Annahme später durch den tatsächlichen Geldgebrauch vom Depositar erfolge. Bei solcher Auffassung der beiden Stellen wären aber die Worte „bei der Hinterlegung" besser fortgeblieben; denn mit Recht wird man einwenden: Warum nur für die Offerte bei der Hinterlegung? Warum nicht ein Gleiches auch für die nach der Hinterlegung gemachte Offerte?

Das Gesetz selbst hat schließlich in seiner dem § 618 Abs. 1 Satz 2 des ersten Entwurfs und dem § 640 Abs. 1 Satz 2 des zweiten Entwurfs entsprechenden Vorschrift im § 700 Abs. 1 Satz 2 Beides, nämlich die Worte „wenn der Verwahrer wolle" und „bei der Hinterlegung" fortgelassen. Nach den Protokollen S. 2376 sollte sachlich an den entsprechenden Vorschriften des ersten und zweiten Entwurfs nichts geändert werden.

Daraus erhellt die Absicht und die Ansicht der Redaktoren über die Vorschrift des § 700 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Es sollte die nach ihrer Ansicht in l. 10 cit. und l. 1 § 34 cit. enthaltene Rechtsregel in das Gesetzbuch aufgenommen werden. Man ging davon aus, daß in beiden Digestenstellen die Gebrauchs-

gestattung des Deponenten eine an den Depositar gerichtete Offerte zu einem depositum irregulare oder Darlehen enthalte. Man hat eine Annahmeerklärung des Depositars vor dem Geldgebrauch nicht für vorliegend erachtet.

Die Redaktoren müssen aber auch die in § 4 dieser Abhandlung bekämpfte Ansicht vertreten haben, daß der Deponent mit der „Gebrauchsgestattung" in unserem Falle des Ueberganges zum Ausdruck bringe, die Offerte könne, dürfe und solle wirksam nur durch den „wirklichen Geldgebrauch" vom Depositar angenommen werden. Würden sie die herrschende Meinung vertreten haben, die dahin geht, daß der Deponent keine bestimmte Annahmeform für den Annahmewillen des Depositars vorgeschrieben hat, so würden sie jede Willenserklärung des Depositars für ausreichend erachtet haben und ebenso wie § 959 des österreich. BGB. von 1811, Art. 326 des Entwurfs für das Großherzogtum Hessen von 1853, Art. 665 des Entwurfs für Bayern von 1861 und Art. 738 des Dresdener Entwurfs für die deutschen Bundesstaaten von 1864 bestimmt haben, daß der Uebergang stattfinden soll, wenn der Verwahrer „das Anerbieten ausdrücklich oder stillschweigend, insbesondere durch den Geldgebrauch angenommen hat". Da sie aber offensichtlich von der oben in § 4 dargelegten Anschauung beherrscht wurden, so wollten sie die Annahme des Verwahrers wirksam nur durch den Geldgebrauch selbst erfolgen lassen.

So erklärt sich historisch das Vorhandensein und der Wortlaut der in § 700 Abs. 1 Satz 2 BGB. vorhandenen Gesetzesvorschrift.

Es fragt sich, ob bei richtiger Auslegung der früher erörterten Quellenstellen und bei Würdigung der Sachlage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch überhaupt die Aufstellung der erwähnten besonderen Vorschrift für den Uebergang gerechtfertigt war. Wir haben im § 2 dieser Abhandlung gesehen, daß nach römischem und bürgerlichem Recht zum Uebergang der regelmäßigen Verwahrung in eine unregelmäßige Verwahrung oder ein Darlehen nur ein einfacher Vertrag erforderlich ist. Wir sahen, daß diese Grundregel einheitlich auch bei sämtlichen erörterten Stellen des corpus juris durchgeführt ist. Auch in l. 10 cit. und l. 1 § 34 cit. ist, wie ich in dieser Abhandlung nachgewiesen habe, durch einfachen Vertrag der Umwandlungsvertrag zwischen den Parteien zum Abschluß gekommen; nur die Wirkungen dieses Vertrages sind nach dem Willen der Parteien von der reinen Potestativbedingung des Gebrauchsaktes an dem Gelde durch den Verwahrer abhängig gemacht; was wiederum in den gegebenen praktischen Fällen seine natürliche Erklärung fand.

Es wäre daher ohne die Vorschrift des § 700 Abs. 1 Satz 2 BGB. in jedem einzelnen Falle des Ueberganges zu prüfen und zu untersuchen, welche Absichten die Parteien bei ihren beiderseitigen Willenserklärungen verfolgt haben, und wie ihre Willenserklä-

rungen auszulegen sind; in jedem einzelnen Falle wäre insbesondere zu untersuchen, ob der Umwandlungsvertrag nach den Willenserklärungen der Parteien schon als abgeschlossen anzusehen ist oder nicht; ob weiter nach Absicht des den Antrag stellenden Vertragsteiles eine Annahmeerklärung nur in bestimmter Form — etwa der des tatsächlichen Geldgebrauchs — abgegeben werden solle oder nicht; ob schließlich die Wirkungen eines abgeschlossenen Umwandlungsvertrages alsbald mit Vertragsschluß eintreten oder von einer Befristung oder Bedingung abhängig sein sollen.

Es fragt sich ernstlich, ob es zweckmäßig war, mit der aus zwei mißverstandenen Quellenstellen (l. 10 cit. l. 1 § 34 cit.) gewonnenen Vorschrift positiv einzugreifen durch Aufstellung des im § 700 Abs. 1 BGB. enthaltenen Satzes 2. Nach meiner Meinung wäre es richtiger gewesen, ohne positive Gesetzesvorschrift die Willensmeinung der Parteien in jedem einzelnen Falle zu erforschen und auszulegen. Denn daran kann nicht gerüttelt werden, daß zu dem beabsichtigten Uebergang nach Bürgerlichem Gesetzbuch nur ein einfacher formloser Vertrag erforderlich und ausreichend ist. In jedem einzelnen Falle konnte durch Auslegung die Absicht der Parteien erforscht werden, die sie mit ihren Willenserklärungen verfolgen; insbesondere konnte auch in jedem einzelnen Falle durch Auslegung der Willenserklärungen gefunden werden, mit welchem Zeitpunkt nach der Parteiabsicht die Wirkungen des Ueberganges stattfinden sollen.

Man glaubte aber irrigerweise im römischen Recht eine auf l. 10. cit. und l. 1 § 34 cit. beruhende Vorschrift zu haben, welche besagen soll, daß der Deponent zur Annahme seiner in der Gebrauchsgestattung liegenden Offerte die Willenserklärung des Depositars in Form des tatsächlichen Gebrauchs des Geldes verlange, und daß infolgedessen der Uebergang im Falle der Gebrauchsgestattung nach dem Willen des Deponenten i m m e r erst mit dem Zeitpunkt stattfinden solle, in dem der Verwahrer wie ein Eigentümer über die vertretbaren Sachen verfügt. So stellte man die Vorschrift in § 700 Abs. 1 Satz 2 BGB. auf.

§ 8.

Wann greift die Bestimmung des § 700 Abs. 1 Satz 2 BGB. Platz? Wo beginnt das Anwendungsgebiet dieser Vorschrift?

Ist bei der Hinterlegung vertretbarer Sachen der Wille der Parteien von vornherein darauf gerichtet, daß der Verwahrer sofort bei und mit der Hinterlegung Eigentum an den Sachen erlangen und nur zur Rückgabe gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet sein soll, so findet § 700 Abs. 1 Satz 1 BGB. Anwendung. Von vornherein kommt nur eine unregelmäßige Verwahrung oder ein Darlehen in Frage. Für eine regelmäßige Verwahrung der vertret-

baren Sachen und mithin für einen Uebergang der regelmäßigen Verwahrung in eine unregelmäßige oder ein Darlehen ist gar kein Raum. Ob in diesem Falle des § 700 Abs. 1 Satz 1 eine ausdrückliche oder stillschweigende Verbrauchsgestattung mitspricht, ist ganz gleichgültig. Sobald der Wille der Parteien bei Hingabe und Empfang der vertretbaren Sachen unzweifelhaft auf sofortige Eigentumsübertragung an den Verwahrer und Begründung der Rückgabeverpflichtung gleicher Art, Güte und Menge gerichtet ist, findet nur § 700 Abs. 1 Satz 1 Anwendung.

Das Anwendungsgebiet des § 700 Abs. 1 Satz 2 BGB. kann erst dort beginnen, wo die Möglichkeit einer regelmäßigen Verwahrung an den vertretbaren Sachen nach den Willenserklärungen der Parteien besteht und eine ausdrückliche oder stillschweigende Verbrauchsgestattung des Hinterlegers in Frage kommt.

Haben die Parteien hinsichtlich vertretbarer Sachen eine regelmäßige Verwahrung begründet und liegen auch Willenserklärungen vor, die auf einen Uebergang in eine unregelmäßige Verwahrung oder ein Darlehen abzielen, so findet § 700 Abs. 1 Satz 2 doch keine Anwendung, wenn auf Seiten des Hinterlegers keine Willenserklärung vorliegt, die als ausdrückliche oder stillschweigende Verbrauchsgestattung angesehen werden kann. Denn nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes und der historischen Entwicklung der Bestimmung steht fest, daß die Vorschrift erst dann Platz greift, wenn der Hinterleger eine Willenserklärung abgegeben hat, die als ausdrückliche oder stillschweigende Gestattung des Verbrauchs der hinterlegten vertretbaren Sachen anzusehen ist. Kommt aber nach den Willenserklärungen der Parteien ein „Verbrauchen, Gebrauchen, Aneignen" der Sachen durch den Verwahrer und eine dahinzielende „Gestattung, Erlaubnis, Ermächtigung" des Hinterlegers gar nicht in Frage, weil die Vertragsteile ihren Willen zur Eigentumsverschaffung an den vertretbaren Sachen und Rückgabeverpflichtung in genere auf Seiten des Verwahrers ganz unabhängig von einem tatsächlichen Verbrauchen des Geldes durch den Verwahrer und einer Gestattung dieses Verbrauchens durch den Hinterleger klar und deutlich zum Ausdruck gebracht haben, so entfällt wegen Fehlens der Voraussetzung der „Verbrauchsgestattung" das Anwendungsgebiet des § 700 Abs. 1 Satz 2. Beispiele: A gibt dem B 10 000 M. in gemünztem Gelde zur regelmäßigen Verwahrung. 1. Einige Zeit später verabreden Beide, daß B alsbald mit der getroffenen Vereinbarung Eigentümer der Geldstücke und nur zur Rückgabe in genere verpflichtet sein soll. 2. Sie vereinbaren gleich bei der Hinterlegung oder später, daß B an einem zukünftigen, bestimmt bezeichneten Tage Eigentümer werden und nur zur Rückgabe in genere verpflichtet sein soll. 3. Sie schließen gleich bei der Hinterlegung oder später einen Vertrag, wonach B mit Eintritt eines zukünftigen ungewissen Er-

eignisses Eigentümer der Geldstücke werden und nur zur Rückgabe gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet sein soll. In allen diesen Fällen ist keine Rede von einem Verbrauchen des Geldes durch den Verwahrer und einer diesbezüglichen Gestattung des Hinterlegers. Eigentum an den vertretbaren Sachen und Rückgabeverpflichtung werden o h n e und v o r Verbrauch oder Gebrauch des Geldes mit Vertragsabschluß oder Eintritt des Termins oder der Bedingung für den Verwahrer begründet. Die Umwandlung vollzieht sich nach der allgemeinen Grundregel für den Uebergang, nämlich durch formlosen Vertrag.

Die Vorschrift des § 700 Abs. 1 Satz 2 BGB. enthält kein zwingendes, sondern nachgiebiges Recht. Selbst wenn auf Seiten des Hinterlegers eine als Verbrauchsgestattung anzusehende Willenserklärung vorliegt, findet die erwähnte Gesetzesbestimmung keine Anwendung, sobald die Parteien das Rechtsverhältnis abweichend von § 700 Abs. 1 Satz 2 regeln. In dem obigen Beispiel schreibt A dem B einige Zeit nach der Hinterlegung: „Ich gestatte Dir, das hinterlegte Geld zu verbrauchen; die Vorschriften über das Darlehen sollen von dem Zeitpunkt an Anwendung finden, in dem Du mir schriftlich oder mündlich das Wort „Einverstanden" mitteilst oder das Geld Dir ohne eine Mitteilung aneignest." Sobald B vor irgend einem Gebrauchsakt an dem Gelde dem A die Mitteilung „Einverstanden" zugehen läßt, vollzieht sich auch der Uebergang in eine unregelmäßige Verwahrung oder in ein Darlehen, ohne daß es noch einer als „Verbrauchen, Gebrauchen, Aneignung" anzusehenden Handlung des Verwahrers an dem Gelde bedarf. Der Hinterleger hat seiner „Verbrauchsgestattung" eine unzweideutige Auslegung beigefügt, die der noch zu besprechenden gesetzlichen Auslegung der Verbrauchsgestattung entgegensteht. Er hat durch seine der Verbrauchsgestattung beigefügten weiteren Erklärungen klar zu erkennen gegeben, daß er Eigentumsübergang an den vertretbaren Sachen und Verpflichtung zur Rückgabe gleicher Art, Güte und Menge in dem Zeitpunkt als gegeben ansehen will, in dem der Verwahrer seinen Eigentumserwerbswillen und Verpflichtungswillen entweder durch die empfangsbedürftige Aeußerung „Einverstanden" oder durch die nicht empfangsbedürftige, in der „Aneignung" sich kundgebende Aeußerung erklärt.

Das Anwendungsgebiet des § 700 Abs. 1 Satz 2 beginnt also erst dort, wo eine klar und unzweideutig von der Gesetzesvorschrift abweichende Willenserklärung des Hinterlegers über die Bedeutung seiner „Verbrauchsgestattung" und deren Folgen nicht vorliegt.

§ 9.

Das Gesetz spricht von einer V e r b r a u c h s g e s t a t t u n g des Hinterlegers und einer A n e i g n u n g des Verwahrers. Es be-

darf keiner näheren Ausführung, daß hiermit Willenserklärungen beider Parteien bezeichnet werden sollen, d. h. Willenserklärungen, die auf Begründung, Abänderung und Aufhebung von Rechten abzielen. Die Worte des Gesetzes „gestatten zu verbrauchen" und „sich aneignen" dürfen nicht dazu verleiten, zwei getrennte einseitige Rechtsgeschäfte anzunehmen, d. h. Rechtsgeschäfte, die für sich allein oder doch getrennt voneinander Rechtswirkungen hervorbringen können.[19]) Es handelt sich vielmehr um Willenserklärungen, die nur zusammen die im Gesetz selbst bezeichnete Wirkung hervorbringen können. Es müssen auch die beiden Willenserklärungen übereinstimmende sein, d. h. es muß ein Vertrag vorliegen. Würde vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen sein, gerade für den im § 700 Abs. 1 Satz 2 geregelten Sonderfall des Ueberganges der regelmäßigen Verwahrung in eine unregelmäßige oder in ein Darlehen von der allgemeinen Grundregel für den Uebergang abzuweichen und statt eines Vertrages in irgend einer Weise durch einseitige Rechtsgeschäfte den Uebergang herbeiführen zu lassen, so würde das Gesetz sich gerade wegen dieser von der Regel abweichenden Ausnahme in ganz anderer Weise klar und deutlich ausgedrückt haben; dies umsomehr, weil kein Grund ersichtlich ist, der dafür hätte maßgebend sein können, bei dem in § 700 Absatz 1 Satz 2 geregelten Sonderfall des Ueberganges eine so abnorme Vorschrift aufzustellen. Das Gesetz sagt es aber zum Ueberfluß auch selbst, daß im Falle des § 700 Abs. 1 Satz 2 eine Vereinbarung des Hinterlegers und Verwahrers vorliegen muß, wenn es dort im Abs. 2 heißt: „Bei der Hinterlegung von Wertpapieren ist eine Vereinbarung der im Abs. 1 bezeichneten Art nur gültig, wenn sie ausdrücklich getroffen wird." Diese Bestimmung bezieht sich nach ihrem Wortlaut auf den ganzen Abs. 1; also nicht nur auf dessen ersten, sondern auch auf dessen zweiten Satz. Wenn das Gesetz selbst die beiden Willenserklärungen, nämlich die Verbrauchsgestattung des Hinterlegers und die Aneignung des Verwahrers im Text hervorhebt und in demselben Paragraphen mit Beziehung auf diese Willenserklärungen von der Vereinbarung der Parteien spricht, so zwingt schon diese Ausdrucksweise des Gesetzes dazu, anzunehmen, daß Verbrauchsgestattung des Hinterlegers und Aneignung des Verwahrers die beiden übereinstimmenden Willenserklärungen des der allgemeinen Grundregel entsprechenden Uebergangsvertrages sein müssen.

Rein äußerlich betrachtet scheinen die beiden Willenserklärungen nur den übereinstimmenden Willen der Parteien zur Eigentumsübertragung an den vertretbaren Sachen zum Ausdruck zu bringen unter Außerachtlassung der causa dieser Eigentumsüber-

[19]) Dies schon jetzt gegen die Ausführungen von Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 529, 530; sowie von Raape, Die Wollensbedingung, S. 101—106, S. 139—141.

tragung. Man beachte, daß der Hinterleger z. B. in einem gegebenen Falle die Verbrauchsgestattung unter der causa der Schenkung erteilt. Der Verbrauchsgestattung selbst kann man nicht ansehen, unter welcher causa sie erteilt ist. Die Stellung der Vorschrift im Gesetz und die Sachlage, auf die sich der Rechtssatz bezieht, beweisen im Zusammenhalt mit dem Inhalt des Satzes selbst, daß die Bestimmung nur für den Fall gilt, daß die Verbrauchsgestattung unter der causa der Rückgabeverpflichtung gleicher Art, Güte und Menge dem Verwahrer erteilt wird. Es sind vertretbare Sachen in regelmäßige Verwahrung gegeben, die der Verwahrer zurückzugeben verpflichtet ist. Bezüglich dieser an sich unverändert zurückzugebenden vertretbaren Sachen wird dem Verwahrer der Verbrauch vom Hinterleger gestattet. Das Gesetz erklärt, daß mit Aneignung der Sachen die Vorschriften über das Darlehen oder die unregelmäßige Verwahrung Anwendung finden. Die Umstände des Falles lassen die causa nach Ansicht des Gesetzes so klar hervortreten, daß man es für unnötig erachtete, in irgend einer Weise noch die causa zu erwähnen. Die immerhin nicht ganz genaue Ausdrucksweise des Gesetzes, das in den Worten „gestatten zu verbrauchen“ und „sich die Sachen aneignen“ lediglich den auf die Eigentumsübertragung gerichteten Willen der Parteien hervorhebt, ist mitverantwortlich für die unrichtigen Auffassungen, die bei Auslegung der Gesetzesstelle auftauchen und die der Grundregel für den Uebergang zuwiderlaufen.

Aus dem Gesagten ergibt sich weiter, daß das Gesetz für die causa der Verbrauchsgestattung gerade im Falle einer zunächst bestehenden regelmäßigen Verwahrung vertretbarer Sachen eine Vermutung aufgestellt hat, die dahin geht, daß die Verbrauchsgestattung unter der causa der Begründung einer Rückgabeverpflichtung in genere auf Seiten des Verwahrers durch den Hinterleger erteilt wird. Hat der Hinterleger dem Verwahrer in einem Falle z. B. die Verbrauchsgestattung tatsächlich unter Schenkungscausa erteilt und fordert er später die vom Verwahrer im Einverständnis über die Schenkung inzwischen verbrauchten Sachen zurück, so ist er bei seiner Klage aus unregelmäßiger Verwahrung oder Darlehen der Beweislast enthoben. Für ihn streitet die gesetzliche Vermutung, nach welcher der Verwahrer zur Rückgabe verpflichtet ist. Es ist Sache des beklagten Verwahrers, den Nachweis der Schenkungscausa zu erbringen; mißlingt ihm der Beweis, so wird er zur Rückgabe gleicher Art, Güte und Menge verurteilt. Es mag zum Ueberfluß noch betont werden, daß alle Folgen der Verbrauchsgestattung aus § 700 Abs. 1 Satz 2 nicht eintreten, wenn entweder eine andere causa als die der Rückgabeverpflichtung in genere vorliegt oder die Verbrauchsgestattung nicht bei einer regelmäßigen Verwahrung, sondern bei einem anderen Vertrage erteilt ist, bei dem sich vertretbare Sachen, die im Eigentum des Gestattenden

stehen, in Händen der anderen Partei befinden. Es kann keine Rede davon sein, daß in solchen Fällen etwa der Eigentumsübergang mangels anderweiter klarer Parteivereinbarung stets mit dem Verbrauch oder der Aneignung stattfindet. Es ist in solchen Fällen immer Sache der Auslegung, in welchem Zeitpunkt das Eigentum übergeht. Alle auch vor der Aneignung liegenden Willenserklärungen des Erwerbers kommen in solchen Fällen ebenso in Betracht, ohne daß der Aneignung oder dem Verbrauch eine überwiegende Bedeutung zukäme.

§ 10.

Bei richtiger Auslegung des Gesetzes werden wir finden, daß die Gebrauchsgestattung des Hinterlegers im Falle des § 700 Abs. 1 Satz 2 nur den Antrag und die Aneignung des Verwahrers nur die Annahme dieses Antrags darstellen; daß also in unserem vom Gesetz geregelten Sonderfall des Ueberganges der maßgebende Antrag nicht vom Verwahrer ausgehen und die Verbrauchsgestattung nicht die Annahme darstellen kann.

Schon die äußere Betrachtung ergibt folgendes: Der Antrag ist nach §§ 145 ff. BGB. immer eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Es gibt keinen Antrag des Hinterlegers oder Verwahrers zu dem Umwandlungsvertrage, der als nicht empfangsbedürftige Willenserklärung denkbar wäre. Nach § 700 Abs. 1 Satz 2 ist aber nur die Gebrauchsgestattung eine empfangsbedürftige Willenserklärung; während die Aneignung des Verwahrers gerade im Gegensatz dazu eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung ist. Nur die Annahme eines Antrages kann nach § 151 BGB. eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung sein. Danach ist der Schluß unabweisbar, daß die Verbrauchsgestattung des Hinterlegers in unserem Sonderfall nur als Antrag zu dem Umwandlungsvertrag und die Aneignung des Verwahrers nur als Annahme dieses Antrages rechtlich möglich ist; daß aber der umgekehrte Fall, nämlich die Aneignung als Antrag und die Verbrauchsgestattung als Annahme dieses Antrages, schon nach dem Gesagten rechtlich unmöglich ist.

Zur Erklärung dieses Standpunktes des Gesetzes sei hier zunächst an die Entstehungsgeschichte des Satzes erinnert. Er baut sich auf l. 10 cit. l. 1 § 34 cit. und deren Auslegung auf. Die geistigen Urheber unseres Satzes waren der Meinung, daß in den beiden römischen Quellenstellen — in denen die Verbrauchsgestattung des Deponenten allerdings die Offerte zum Umwandlungsvertrag darstellt — die den Uebergangsvertrag zum Abschluß bringende Annahmeerklärung des Depositars erst in dem Verbrauchen des Geldes liege, und daß sie nach Inhalt der Quellenstellen auch nur in dem durch den Depositar bewirkten Verbrauch liegen könne. Fragen wir: Warum soll denn der Verwahrer

seinen Eigentumserwerbswillen und seinen Verpflichtungswillen zur Rückgabe in genere nicht auch auf andere Weise, z. B. durch klare mündliche oder schriftliche Mitteilung an den Deponenten zum Ausdruck bringen und so den Umwandlungsvertrag und damit den Uebergang selbst vollziehen können? Die Frage ist doch deshalb besonders berechtigt, weil wir sahen, daß in allen Fällen des Ueberganges, in denen die Offerte des Deponenten nicht gerade in die Form der Verbrauchsgestattung gekleidet war, sowohl nach römischem wie nach bürgerlichem Recht jedwede beliebige Willenserklärung des Verwahrers zum Abschluß des Uebergangsvertrages genügte. Die Urheber unseres Satzes haben uns eine ausdrückliche Antwort nicht gegeben. Die Antwort können und müssen wir geben auf Grund der historischen Entwicklung und der Gestaltung des Satzes im Gesetze selbst.

Das Gesetz geht von der Ansicht aus, daß der Hinterleger, wenn er seinen Antrag zu dem Umwandlungsvertrage in die Form der Verbrauchsgestattung kleidet, einen Antrag besonderer Art macht. Das Gesetz nimmt an, daß der Hinterleger gerade mit der Wahl der Form der Verbrauchsgestattung zu seinem Antrage den Willen kundgibt, daß er den Uebergang in eine unregelmäßige Verwahrung oder ein Darlehen nur herbeiführen will, wenn der Verwahrer die vertretbaren Sachen auch wirklich tatsächlich gebraucht und sich aneignet, nicht aber schon dann, wenn der Verwahrer auf andere Weise — etwa durch eine ausdrückliche mündliche oder schriftliche Mitteilung — seinen Willen zum Eigentumserwerb und zur Verpflichtung in genere äußert. Der Hinterleger, so meint das Gesetz, hat von sich aus kein Interesse daran, den Verwahrer zum Eigentümer der vertretbaren Sachen zu machen. Er will aber einem etwaigen dahingehenden späteren Wunsche des Verwahrers entgegenkommen; allerdings will er nicht so weit entgegenkommen, daß der Verwahrer berechtigt sein soll, auch o h n e V e r b r a u c h der Sachen sich zum Eigentümer zu machen, wenn es ihm beliebt; nur, wenn der Verwahrer die Sachen auch tatsächlich gebraucht und sich aneignet, will der Hinterleger mit dem Eigentumsübergang und der Begründung der Rückgabeverpflichtung in genere einverstanden sein. So legt das Gesetz den Willen aus, den der Hinterleger bei einer regelmäßigen Verwahrung vertretbarer Sachen in der dem Verwahrer erteilten Verbrauchserlaubnis kundgibt. Nur eine solche Auslegung der Verbrauchsgestattung kann die Vorschrift des Gesetzes erklärlich machen, daß der Annahmewille des Verwahrers nicht durch jede beliebige Willensäußerung, sondern n u r durch die in der Aneignung der Sachen sich kundgebende Willensäußerung erklärt werden kann. Es mag zugegeben werden, daß der Wille des Hinterlegers, der „gestattet zu verbrauchen", vielfach in der dargelegten Weise aufzufassen ist; oft wird aber auch der Hinterleger mit der Ver-

brauchsgestattung gerade einen solchen Antrag zum Umwandlungsvertrag im Auge haben, der dem Verwahrer auch ohne wirkliches Verbrauchen oder Aneignen der Sachen das Eigentum übertragen und die Rückgabeverpflichtung begründen soll, und der deshalb dem Willen des Antragenden entsprechend durch eine Mitteilung an ihn ohne Verbrauch der Sachen angenommen werden könnte. Das Gesetz hat durch positive Vorschrift der Verbrauchsgestattung des Hinterlegers die oben dargelegte Auslegung gegeben, sodaß in unserem Sonderfall — abweichende klare Parteivereinbarung als nicht vorhanden vorausgesetzt — der Annahmewille des Verwahrers nach positiver Bestimmung n u r durch den in der Aneignung sich aussprechenden Willen wirksam geäußert werden kann. Das Gesetz geht ferner von der Ansicht aus, daß der Hinterleger wegen der oben dargelegten Gestaltung seines Antrages gleichzeitig auf eine ihm zugehende Annahmeerklärung des Verwahrers verzichtet (§ 151 BGB.). Eine dahingehende Verkehrssitte läßt sich nicht begründen (§ 151 BGB.). Es ist nicht zu verkennen, daß bei einer Auslegung der Verbrauchsgestattung, die dahin geht, daß die Annahme n u r durch die Aneignung des Verwahrers erklärt werden kann, der Natur der Sache entsprechend auch angenommen wird, daß der Hinterleger damit auf eine ihm zugehende Annahmeerklärung des Verwahrers verzichtet. Eine v o r der Aneignung liegende Annahmeerklärung des Verwahrers ist bei solcher Auffassung, wie wir sahen, unwirksam und eine n a c h der Aneignung dem Hinterleger zugehende Willenserklärung würde gewissermaßen verspätet und deshalb sinn- und zwecklos sein, weil die Sachen selbst schon verbraucht sind. Wenn man aber, wie es oft der Fall sein wird, die Verbrauchsgestattung gerade dahin auffassen muß, daß der Hinterleger seinen Willen zur alsbaldigen Uebertragung des Eigentums und Begründung der Rückgabeverpflichtung in genere so aufgefaßt haben will, daß er eine ihm zugehende Annahmeerklärung des Verwahrers v o r dem Verbrauch der Sachen haben will, und daß er den Verbrauch der Sachen nur als eine Folge des inzwischen durch ihm zugegangene Annahmeerklärung des Verwahrers abgeschlossenen und wirksam gewordenen Umwandlungsvertrages angesehen wissen will, dann würde von einem Verzicht des Hinterlegers nach § 151 BGB. doch keine Rede sein können! Das Gesetz hat durch positive Vorschrift den Antrag des Hinterlegers in unserem Sonderfall dahin ausgelegt, daß der Hinterleger auf eine ihm zugehende Annahmeerklärung des Verwahrers naturgemäß deshalb verzichtet, weil er n u r den in der Aneignung sich aussprechenden Annahmewillen des Verwahrers als wirksame Annahme gelten läßt, womit dem Verbrauche vorgehende und nachfolgende Willenserklärungen des Verwahrers als gegenstandslos und deshalb als ausgeschaltet zu betrachten sind.

Wir sehen jetzt auch den inneren Grund dafür, daß die Verbrauchsgestattung des Hinterlegers nach dem Gesetz immer nur den Antrag und niemals auch die Annahme bei dem Umwandlungsvertrage enthalten kann, und daß die Aneignung des Verwahrers nur als Annahme und niemals als Antrag zu dem Uebergangsvertrag erscheinen kann. Ohne eine dem Verwahrer zuvor vom Hinterleger erteilte Verbrauchsgestattung würde die Aneignungshandlung des Verwahrers an den vertretbaren Sachen widerrechtlich sein und eine Unterschlagung darstellen. Es muß also der Hinterleger mit seiner Verbrauchsgestattung zeitlich der Aneignung vorgehen. Dies liegt auch schon sprachlich in den Worten „gestatten zu verbrauchen", die auf eine zukünftige Handlung des Verwahrers, nämlich die Aneignung als später nachfolgende Handlung hindeuten.

Die praktische Bedeutung der Gesetzesbestimmung im § 700 Abs. 1 Satz 2 liegt sonach in Folgendem:

Wenn keine klaren unzweideutigen abweichenden Parteivereinbarungen oder Erklärungen vorliegen, so ist bei einer regelmäßigen Verwahrung vertretbarer Sachen die Verbrauchsgestattung des Hinterlegers immer als ein Antrag zum Uebergang der regelmäßigen Verwahrung in eine unregelmäßige oder ein Darlehen anzusehen. Die Annahme des Verwahrers, durch die der zum Uebergang erforderliche Vertrag zum Abschluß gebracht wird, kann wirksam nur durch die Aneignung der Sachen selbst vom Verwahrer erklärt werden. Danach sind, wie im weiteren Verlauf der Abhandlung noch zu zeigen ist, alle Willenserklärungen des Verwahrers, die vor der Aneignung liegen, und zwar sowohl die vor wie die nach der Verbrauchsgestattung liegenden für den Uebergang selbst rechtlich bedeutungslos.

Die Vorschrift des § 700 Abs. 1 Satz 2 greift Platz, einerlei, ob die Verbrauchsgestattung schon bei oder erst nach Hinterlegung der vertretbaren Sachen zur regelmäßigen Verwahrung erteilt worden ist. Eine Reihe von Schriftstellern will die Vorschrift nur auf die bei Hinterlegung der vertretbaren Sachen erteilte Verbrauchsgestattung beschränken.[20]) Die Beschränkung auf die bei

[20]) Enneccerus, Lehrb. d. bürgl. R. § 391 Ziff. 3: „Wird bei Hinterlegung vertretbarer Sachen usw." Oertmann, Schuldverhältnisse, § 700 Anm. 2 spricht davon, daß dem Verwahrer von vornherein gestattet sei usw.; deshalb spricht er auch von einem alternativ-irregulären Verwahrungsvertrag und meint, daß es zweifelhaft sein könne, ob der Hinterleger die in dem Vertrage enthaltene Aneignungserlaubnis widerrufen könne. Endemann, Lehrb. d. bürgl. R. § 185 Ziff. 6 spricht von der dem Verwahrer eingeräumten Verbrauchsbefugnis bezüglich der vertretbaren Sachen und fährt fort „so beginnt mit deren Empfangnahme zunächst ein Verwahrungsvertrag. Staudinger, Komm. z. BGB. § 700 Anm. 2: „Sind vertretbare Sachen in der Weise hinterlegt worden, daß dem Verwahrer der Verbrauch gestattet ist."

der Hinterlegung erteilte Verbrauchsgestattung mag sich erklären durch die in den beiden römischen Quellenstellen, l. 10 cit. l. 1 § 34 cit. befindlichen Worte „ab initio“ und die im § 640 Abs. 1 Satz 2 des zweiten Entwurfs stehenden Worte „Hat bei der Hinterlegung vertretbarer Sachen der Hinterleger dem Verwahrer gestattet usw.“ Der erste Entwurf hat in seiner entsprechenden Bestimmung des § 618 Abs. 1 Satz 2 eine derartige Beschränkung nicht gehabt und der § 700 Abs. 1 Satz 2 BGB. kennt gleichfalls eine derartige Beschränkung nicht. Die Beschränkung widerspricht daher dem Wortlaut und Inhalt des Gesetzes und kann auch sachlich nicht gerechtfertigt werden[21]).[22])

§ 11.

Bevor untersucht und festgestellt werden kann, welche Bedeutung anderweite Willenserklärungen des Verwahrers außer der „Aneignung“ in unserem Sonderfall des Ueberganges haben können, muß festgestellt werden, was das Gesetz als Aneignungshandlung ansieht; oder anders ausgedrückt, was das Gesetz zur Erfüllung dieser Aneignung auf Seiten des Verwahrers erfordert.

Unter Aneignen wird man jede Handlung des Verwahrers verstehen müssen, durch die er wie ein Eigentümer über die vertretbaren Sachen verfügt, mit dem Willen, sich zum Eigentümer der Sachen zu machen[23]). Es sei daran erinnert, daß der Verwahrer durch eine derartige Handlung in unserem Falle unter den gegebenen Verhältnissen und Umständen gleichzeitig den Verpflichtungswillen zur Rückgabe gleicher Art, Güte und Menge zum Ausdruck bringt. Zu eng ist die Auffassung, die eine „tatsächliche Aenderung in der Aufbewahrung mit der Absicht, Eigentum zu erwerben“ verlangt[24]). Beispiel: A hat dem B 10 000 M. in gemünztem Geld zur regelmäßigen Verwahrung gegeben und ihm demnächst die Verbrauchsgestattung erteilt. B hat an C eine Zahlung von 10 000 M. zu leisten. Beide haben ein dringendes Interesse an alsbaldiger Zahlung; C, der keinerlei Bankkonto hat, möchte das Geld zur Zeit nicht in seinem Hause haben. Beide vereinbaren, daß das Eigentum an dem bei B befindlichen Gelde auf C übergehen, und daß B es für C in regelmäßiger Verwahrung behalten

---

[21]) Gleicher Ansicht, jedoch ohne Begründung: Dernburg, Lehrb. d. bürgl. R. Schulverhältnisse § 351 I Ziff. 5. Neumann, Handausgabe d. BGB. § 700 Note I, 3.

[22]) Crome, System d. bürgerl. R. § 277, I. 1 Anm. 4 will die Bestimmung des § 700 Abs. 1 S. 2 sogar auf den Fall der nachträglich erteilten Verbrauchsgestattung beschränken, was ebenso unhaltbar ist, wie die Ansicht der Schriftsteller, welche die Bestimmung auf den Fall der bei der Hinterlegung erteilten Verbrauchsgestattung beschränken.

[23]) Ebenso Plank, Komm. z. BGB. § 700 Anm. 3. Reichsgerichtsräte Komm. z. BGB. § 700 Anm. 3.

[24]) So unzutreffend Achilles, Handausgabe d. BGB. § 700 Anm. 4.

soll. C wird alsbald mit Abschluß beider Vereinbarungen nach § 930 BGB. Eigentümer. Eine tatsächliche Aenderung in der Aufbewahrung findet hier nicht statt; das Geld bleibt unverändert an ein und derselben Stelle bei B liegen. Es wird von B nur eine rechtliche Aenderung vorgenommen. Er verfügt über das Geld wie ein Eigentümer mit dem Willen, sich zum Eigentümer des Geldes im Augenblick seiner Verfügung zu machen. B hat sich damit das Geld angeeignet. Im Verhältnis zwischen A und B finden die Vorschriften über das Darlehen oder die unregelmäßige Verwahrung von dem Zeitpunkt an Anwendung, in dem B, wie gezeigt wurde, über das Geld verfügt. Zu weit ist die Auslegung des Begriffes der Aneignung in unserem Falle, die dahin geht, daß „als Aneignung hierbei jede Handlung erscheint, durch die der Verwahrer seinen Willen, Eigentümer der hinterlegten Sache zu werden, ausdrücklich (z. B. durch Mitteilung an den Hinterleger) oder durch konkludente Handlungen (z. B. Verbrauch, Vermischung, Veräußerung oder anderweite Verfügung) zu erkennen gibt“[25]). Im obigen Beispiel treten die Wirkungen des Darlehns oder der unregelmäßigen Verwahrung keineswegs schon dadurch ein, daß der Verwahrer B dem Hinterleger A nach Erhalt der Verbrauchsgestattung schreibt, daß er sich als Eigentümer des Geldes betrachte. Die Vorschriften über das Darlehen bezw. unregelmäßige Verwahrung sollen nach klarer Bestimmung des § 700 Abs. 1 Satz 2 erst von dem Zeitpunkt an Anwendung finden, in welchem sich der Verwahrer die Sachen aneignet. Wenn jede Willenserklärung des Verwahrers genügen sollte, durch die er seinen Willen äußert, Eigentümer zu sein und zur Rückgabe gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet zu sein, dann hätte das Gesetz sich nicht dahin ausgedrückt, daß die Vorschriften über das Darlehen von dem Zeitpunkt an Anwendung finden sollen, in welchem der Verwahrer sich die Sachen aneignet. Von einem Aneignen der Sachen kann man nicht schon dann reden, wenn der Verwahrer durch bloße Worte dem Hinterleger zu erkennen gibt, Eigentümer der Sachen sein zu wollen. Das Gesetz wählte mit Absicht den Ausdruck „sich die Sachen aneignet“, um deutlich zu machen, daß eine sich unmittelbar auf die Sachen selbst beziehende Handlung des Verwahrens vorliegen muß. Dies wird zunächst schon damit bewiesen, daß in den Quellenstellen des römischen Rechts der Ausdruck „uti“ steht, und daß die älteren, früher erwähnten Ge-

[25]) So unzutreffend Staudinger, Komm. z. BGB. § 700 Anm. 2 und Crome, System d. bürgl. R. § 277 I, 1, b. Crome a. a. O. Anm. 8 sagt, daß in der bloßen Erklärung an den Hinterleger eine Aneignung im Sinne des § 929 Satz 2 BGB. liege. In § 929 S. 2 BGB. ist aber von einer „Aneignung“ nicht die Rede und unter „Aneignung“ im Sinne von § 700 Abs. 1 S. 2 BGB. kann, wie oben im Text näher ausgeführt, niemals eine empfangsbedürftige Annahmeerklärung des Verwahrers verstanden werden.

setzeswerke und § 618 des ersten Entwurfs zum BGB. die Ausdrücke „Gebrauchen, Gebrauch machen, Gebrauchsrecht ausüben" verwenden. Es bedarf keiner näheren Ausführung, daß die ausdrückliche Erklärung des Verwahrers an den Hinterleger, sich vom Zugang der Verbrauchsgestattung ab als Eigentümer ansehen zu wollen, kein Gebrauchen oder Verbrauchen der Sachen selbst ist. Das Gesetz hat aber ohne sachliche Aenderung im § 700 Abs. 1 Satz 2 ebenso wie § 640 des zweiten Entwurfs statt des Ausdruckes „Verbrauchen, Gebrauchen usw." offenbar nur deshalb den Ausdruck „sich die Sachen aneignet" gesetzt, um recht deutlich zu sagen, daß als Aeußerung des Annahmewillens des Verwahrers auf den vom Hinterleger in der Verbrauchsgestattung gemachten Antrag zum Uebergangsvertrag n u r die Handlungen des Verwahrers wirksam sein sollen, die er unmittelbar in Beziehung auf die Sachen selbst in der Weise vornimmt, daß er über sie mit dem Willen, Eigentümer zu sein, wie ein Eigentümer verfügt. Es mag schließlich an den Antrag des Hinterlegers erinnert werden, der den V e r b r a u c h der Sachen gestattet; und es kann hier auf die eingehenden Darlegungen dieser Abhandlung Bezug genommen werden, die sich mit der Frage befassen, wie das Gesetz dazu gekommen ist, überhaupt keine anderen Willenserklärungen des Verwahrers als wirksame Annahme des in der Gebrauchsgestattung angebotenen Uebergangsvertrages gelten zu lassen, wie nur die sich in einer Aneignungshandlung an den Sachen selbst aussprechende Annahmeerklärung des Verwahrers. Bevor nicht derartige Aneignungshandlungen des Verwahrers vorgenommen sind, kann nach dem Gesetz von dem Abschluß des Umwandlungsvertrages und dem Uebergang in eine unregelmäßige Verwahrung oder ein Darlehen keine Rede sein, mag auch schon v o r diesen Handlungen der Wille des Verwahrers, Eigentümer der Sachen und Schuldner gleicher Art, Güte und Menge sein zu wollen, in völliger Klarheit ausdrücklich und unzweideutig von ihm erklärt sein[26]).

§ 12.

Welche Bedeutung kommt den Willenserklärungen zu, die der Verwahrer in unserem Sonderfall v o r einer Aneignungshandlung dem Hinterleger gegenüber entweder v o r d e r V e r b r a u c h s g e s t a l t u n g oder n a c h d e r V e r b r a u c h s g e s t a l t u n g mit Beziehung auf sie abgibt?

Es müssen, wie nochmals betont sei, hier alle Willenserklärungen bei der weiteren Betrachtung ausscheiden, die im Zusammenhalt mit etwaigen neben der Verbrauchsgestattung hergehenden

[26]) Es ergibt sich daraus die Unhaltbarkeit der bei Staudinger a. a. O. und Crome a. a. O. vertretenen Ansicht.

Willenserklärungen des Hinterlegers die Anwendung des § 700 Abs 1 Satz 2 ausschalten.

Wenn der Verwahrer v o r der Verbrauchsgestaltung des Hinterlegers Willenserklärungen abgibt, die erkennen lassen, daß er um die Verbrauchsgestattung bittet, so bedarf es keiner weiteren Ausführung, daß solche Willenserklärungen nur als Aufforderungen des Verwahrers angesehen werden können, die den Hinterleger zur Stellung des Antrages aus § 700 Abs. 1 Satz 2 veranlassen sollen. Aber auch dann, wenn der Verwahrer Willenserklärungen abgibt, die seinen Willen erkennen lassen, daß er sofort ohne und vor irgend einer Aneignungshandlung an den vertretbaren Sachen das Eigentum an den Sachen erlangen und nur zur Rückgabe gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet sein möchte, und der Hinterleger ihm nur mit der Verbrauchsgestattung antwortet, so können solche Willenserklärungen doch nur als Aufforderungen angesehen werden, die den Hinterleger zur Stellung des Antrages aus § 700 Abs. 1 Satz 2 veranlaßt haben. Denn gerade der Umstand, daß der Hinterleger keinen klaren und unzweifelhaften Willen in Uebereinstimmung mit den Erklärungen des Verwahrers zum alsbaldigen Uebergang v o r Aneignung zu erkennen gegeben, sondern sich der Verbrauchsgestattung zur Erklärung seines Willens bedient hat, ist die wunde Stelle, wo die positive Bestimmung des Gesetzes eingreift. Der Hinterleger hat die Verbrauchsgestattung erteilt und damit den zum Uebergangsvertrag aus § 700 Abs. 1 Satz 2 erforderlichen Antrag gestellt, der noch der Annahme durch den Verwahrer, und zwar der vom Gesetz vorgeschriebenen Annahme durch irgend eine Aneignungshandlung des Verwahrers an den Sachen selbst bedarf. Es muß hier an die früheren Ausführungen erinnert werden, die zeigten, daß das Gesetz im Sonderfall des § 700 Abs. 1 Satz 2 nur solche Willenserklärungen des Verwahrers zum Abschluß des Umwandlungsvertrages und damit zum Uebergang selbst gelten läßt, die sich in einer Aneignungshandlung des Verwahrers an den Sachen selbst kundgeben, und daß gerade diese Willenserklärungen niemals Antrag zu dem Uebergangsvertrag, sondern immer nur die Annahme des zuvor vom Hinterleger in der Verbrauchsgestattung angebotenen Umwandlungsvertrages sein können.

Willenserklärungen des Verwahrers, die er n a c h erhaltener Verbrauchsgestattung des Hinterlegers, aber vor irgend einer Aneignungshandlung an den Sachen selbst abgibt, können nach dem klaren Wortlaut der Gesetzesbestimmung den Umwandlungsvertrag niemals zum Abschluß bringen und daher in unserem Sonderfall auch den Uebergang in eine unregelmäßige Verwahrung oder Darlehen nicht herbeiführen. Solchen Willenserklärungen kann daher nur die Bedeutung beigemessen werden, daß der Verwahrer sich

damit einverstanden erklärt, daß der Hinterleger ihm den Antrag zu dem Uebergangsvertrag aus § 700 Abs. 1 Satz 2 macht.

In beiden Fällen, sowohl bei den vor wie bei den nach Erteilung der Verbrauchsgestattung abgegebenen derartigen Willenserklärungen wird vielfach von „vertragsmäßiger Gestattung" gesprochen. Wenn man bei einigen Schriftstellern gelegentlich ihrer Ausführungen zu § 700 Abs. 1 Satz 2 überhaupt nur von „vertragsmäßiger Gestattung" hört, wie bei Manigk und Raape[27]), so liegt das daran, daß sie sämtlich von einer bei der Hinterlegung erteilten Verbrauchsgestattung ausgehen. Sie behandeln den Fall, daß der Hinterleger in und bei Abschluß der regelmäßigen Verwahrung gleichzeitig dem Verwahrer die Verbrauchsgestattung erteilt, die der Verwahrer durch die Empfangnahme der Sachen annimmt. Nach den Anschauungen der erwähnten Schriftsteller soll sich der Tatbestand des § 700 Abs. 1 Satz 2 in diesem Fall erschöpfen. Der Fehler, die erwähnte Gesetzesbestimmung auf den Fall der bei der Hinterlegung erteilten Verbrauchsgestattung zu beschränken, ist sehr weit verbreitet, wie früher auf S. 39 gezeigt wurde. Von vornherein ist allen Ausführungen und Schlußfolgerungen Manigks und Raapes der Umstand entgegenzuhalten, daß sie von einer unzutreffenden Voraussetzung ausgehen, indem sie ihre Ansichten nur auf einer „vertragsmäßigen Gestattung" oder einem „Gestattungsvertrag" aufbauen und die weittragenden Folgen ihrer Ansichten gerade an den Umstand der Vertragsmäßigkeit der Gestattung knüpfen. Da aber der § 700 Abs. 1 Satz 2 überhaupt nicht von einer vertragsmäßigen Gestattung spricht, auch sachlich niemals auf einen derartigen Fall beschränkt werden kann und darf, so sind diese Ansichten schon aus diesem Grunde für den Inhalt und die Tragweite des § 700 Abs. 1 Satz 2 verfehlt. Selbst für den in der Praxis vorkommenden Spezialfall, daß eben in einem gegebenen praktischen Falle die Parteien sich ihr Einverständnis gegenseitig erklärt haben hinsichtlich der Erteilung der Verbrauchsgestattung, sind die Meinungen beider Schriftsteller in ihrer Allgemeinheit unzutreffend.

Wenn der Hinterleger bei der Hinterlegung dem Verwahrer die Verbrauchsgestattung erteilt, wird das Einverständnis des Verwahrers zumeist ein stillschweigendes sein, indem er die zur regelmäßigen Verwahrung gegebenen Sachen zugleich mit der dabei erteilten Verbrauchsgestattung entgegennimmt, ohne weitere besondere Erklärungen abzugeben. Aus § 700 Abs. 1 Satz 2 können wir für diesen Fall nur Folgendes entnehmen: Zwischen den Parteien ist ein regelmäßiger Verwahrungsvertrag bezüglich vertretbarer Sachen abgeschlossen worden. Gleichzeitig hat der Hinter-

---

[27]) Vergl. Manigk, a. a. O. SS. 529, 530. Raape, a. a. O. S. 101—106, S. 139—141.

leger bei Abschluß dieses Vertrages dem Verwahrer den in der Gesetzesbestimmung behandelten Antrag zu dem Sonderfall des Umwandlungsvertrages gestellt. Die Annahme dieses Antrages muß nach positiver Bestimmung des Gesetzes durch eine Aneignungshandlung des Verwahrers an den Sachen erfolgen, um den Uebergangsvertrag abzuschließen und die damit beabsichtigten Wirkungen hervorzubringen. Alle anderen Willenserklärungen des Verwahrers, so auch sein Einverständnis — ausdrückliches oder stillschweigendes — können für den Uebergangsvertrag selbst und dessen Wirkungen nicht in Betracht kommen. Es ist also lediglich Sache der Auslegung, welche Bedeutung die Einverständniserklärung des Verwahrers zu der Verbrauchsgestattung des Hinterlegers hat. Ich erkläre ohne Bedenken, daß ich mich gerade in dem Falle des Ueberganges einer regelmäßigen Verwahrung an vertretbaren Sachen in eine unregelmäßige oder ein Darlehen nicht dazu entschließen kann, der Einverständniserklärung des Verwahrers, so wie sie nach obigen Ausführungen als gegeben angenommen werden soll, irgendwelche besondere Rechtswirkung beizumessen. Gerade in unserem Fall des Ueberganges denkt der Hinterleger gar nicht daran, dem Verwahrer ein vom späteren Willen des Hinterlegers völlig losgelöstes Aneignungsrecht einräumen zu wollen! Welchen Sinn sollte bei solcher Auslegung der Parteiabsichten überhaupt die regelmäßige Verwahrung haben, die doch unzweifelhaft als zunächst beabsichtigt und deshalb als vorliegend anzusehen ist?! Ich gehe sogar so weit, zu behaupten, daß die Einverständniserklärung des Verwahrers an sich niemals die Wirkung hat, daß der in der Verbrauchsgestattung liegende Antrag des Hinterlegers dadurch unwiderruflich wird, wie später noch genauer begründet wird. Die sämtlichen Schlußfolgerungen Manigks und Raapes können auch in dem von ihnen behandelten engeren Unterfall des in § 700 Abs. 1 Satz 2 geregelten weitergreifenden Sonderfalles des Ueberganges nur Platz greifen, wenn die Parteien durch klare unzweideutige Willenserklärungen zu erkennen gegeben haben, daß solche Rechtswirkungen von ihnen wirklich beabsichtigt sind; aus der Gesetzesvorschrift lassen sie sich überhaupt nicht begründen. Sagt doch z. B. Raape selbst a. a. O. S. 105, daß das „Aneignungsrecht" des Verwahrers nur abtretbar und beschlagnahmefähig sei, wenn es als abtretbares vereinbart sei. Wann wird es vorkommen, daß gerade im Falle des Ueberganges einer regelmäßigen Verwahrung vertretbarer Sachen in eine unregelmäßige Verwahrung oder Darlehen die Parteien derartige Rechtswirkungen vereinbaren werden?!

§ 13.

Ebenso wie bei Betrachtung und Behandlung der l. 10 cit. und l 1 § 34 cit. sehr viel von einer „Bedingung" gesprochen wird,

bildet auch heute bei Erörterung der Bestimmung des § 700 Abs. 1 Satz 2 die „Bedingung" eine große Rolle.[28])

Es ist früher in dieser Abhandlung eingehend dargelegt worden, daß es verfehlt ist, im römischen Recht bei einer Offerte von einem bedingten Rechtsgeschäft zu reden.[29]) Ein Gleiches gilt für das bürgerliche Recht. Ein Antrag (§ 145 ff. BGB.) kann nicht deshalb als ein „bedingtes" Rechtsgeschäft angesehen werden, weil seine Annahme durch den Antragsempfänger für seine Wirkungen erforderlich und ungewiß ist. Es ist auch verfehlt, Bestimmungen des Antragenden, die er hinsichtlich der Annahmeerklärung seinem Antrage beigefügt hat, „Bedingungen" zu nennen, da dies irreführend ist.[30]) Denn Antrag und Annahme sind für sich allein betrachtet keine selbständigen Rechtsgeschäfte, da sie für sich allein keine Rechtswirkungen im Sinne der Begründung, Veränderung und Aufhebung von Rechten hervorbringen können; sie sind nur Teile eines in der Entstehung begriffenen Rechtsgeschäftes und daher zur Aufnahme einer wahren Bedingung für sich allein nicht fähig. Wegen Trennung von Antrag und Annahme in zwei selbständige Rechtsgeschäfte mache ich mir die nachfolgenden Worte Raapes a. a. O. S. 118 zu eigen, der sagt: „Nur auf eines sei vorsorglich hingewiesen. Wenngleich ich keinen Grund weiß, das Recht aus einer Offerte nicht als wirkliches subjektives Recht aufzufassen — denn mangelnde Gewohnheit ist kein Grund —, so würde es doch viel zu weit gehen, wollte man nun schlechthin jeden zweiseitigen Vertrag, der so zustandekommt, daß erst die eine Partei (A), sei es einseitig, sei es im Vertragswege, offeriert, dann die andere Partei (B) nach einiger Zeit akzeptiert, so analysieren, daß man sagt, daß zwei Rechtsgeschäfte abgeschlossen würden: das eine sei gerichtet auf ein Kannrecht des B nach Art des Vorkaufsrechts, das andere auf Erzeugung eines gegenseitigen Schuldverhältnisses nach Art des § 505. Eine solche Zerreißung ist der Regel nach gewiß nicht im Sinne des Gesetzes. Dagegen spricht nicht nur die geschichtliche Entwicklung, wobei man sich daran erinnere, daß das gemeine Recht überhaupt keine bindende Offerte kannte, sondern es stehen auch rein positive Bestimmungen damit im Widerspruch". In unserem Sonderfall des § 700 Abs. 1 Satz 2 ist, wie wir sahen, die Verbrauchsgestattung der Antrag, die Aneignung die Annahme dieses Antrages. Beide zusammen bilden erst den

---

[28]) Vergl. Raape a. a. O.

[29]) Vergl. oben § 4.

[30]) Vergl. oben § 4. Daher auch nicht zu billigen die Ausdrucksweise von Dernburg, Lehrb. d. bürgl. R. Schuldverhältnisse § 351, I, 5: „Die Ermächtigung zum Verbrauch kann von vornherein bei Abschluß des Verwahrungsvertrages, sei es unbedingt oder bedingt, sie kann auch nachträglich erteilt werden". Die Ermächtigung selbst ist doch nur Antrag, kann daher nicht „bedingt" im Rechtssinne sein.

Umwandlungsvertrag, der die Wirkungen des Ueberganges in eine unregelmäßige Verwahrung oder ein Darlehen erzeugt. Zutreffend sagt Raape a. a. O. SS. 118, 119: „Die richtige Auffassung ist vielmehr die: das Recht aus der Offerte ist nur eine Zwischenwirkung, Vorwirkung; die Erklärung oder Erklärungen, an die das Gesetz die Wirkungen knüpft, sind normalerweise gar nicht auf eben diese Wirkungen gerichtet, sondern auf die eigentlichen Vertragswirkungen, z. B. beim Kauf auf die Pflichten der Zahlung und der Eigentumsübertragung; darum ist die Erklärung nicht ein selbständiges Rechtsgeschäft, das als auf diese „Vorwirkung" gerichtet aufzufassen wäre, sondern sie ist bloßer Teil des ganzen Vertrages, eine Willenserklärung in dessen Gesamtbestand". Es würde gänzlich verfehlt und unhaltbar sein, wenn man sagen wollte, daß die Verbrauchsgestattung des Hinterlegers ein bedingtes Rechtsgeschäft sei, bedingt durch die Aneignung des Verwahrers. Eine solche Auffassung ist auch, soweit ich sehe, in Rechtslehre und Rechtsprechung nicht vertreten.

Ansichten über eine „Bedingung" tauchen erst da auf, wo die Verbrauchsgestattung als „vertragsmäßige" angesehen wird, insbesondere im Falle der b e i der Hinterlegung vom Hinterleger erteilten Verbrauchsgestattung. Hier interessiert nur, inwieweit das „Verbrauchen, Gebrauchen, Aneignen der Sachen" eine wahre Bedingung bei dem Uebergangsvertrage ist oder sein kann; nicht interessieren hier andere durch Parteivereinbarung eingefügte zukünftige ungewisse Ereignisse, von deren Eintritt die Parteien etwa die Wirkungen des Uebergangsvertrages abhängig gemacht haben.

Es sind nur zwei Fälle möglich: 1. Die Parteien haben sich über alle Punkte des Umwandlungsvertrages, über Eigentumsübergang und Rückgabeverpflichtung entweder gleich bei oder später nach der Hinterlegung, jedoch v o r einem Verbrauch der Sachen durch den Verwahrer, bindend geeinigt; sie haben aber selbst durch Vereinbarung die Wirkungen des Ueberganges von dem „Verbrauchen, Gebrauchen, Aneignen der Sachen durch den Verwahrer" abhängig gemacht. 2. Sie haben das nicht getan; wobei § 700 Abs. 1 Satz 2 eine wichtige Rolle spielt. Im ersten Falle kann von einer Anwendung des § 700 Abs. 1 Satz 2 gar keine Rede sein. Es liegt ein Fall des Ueberganges vor, in den die Bestimmung überhaupt nicht eingreift. Der maßgebende Uebergangsvertrag ist v o r der Aneignung durch den Verwahrer bereits durch übereinstimmende Willenserklärungen beider Parteien zum Abschluß gekommen. Die Aneignung kommt nur als ein außerhalb des Vertragsabschlusses liegendes Ereignis, keineswegs als eine für den Vertragsabschluß erforderliche Willenserklärung in Betracht. Im zweiten Fall ist eine solche klare Vereinbarung nicht getroffen und es ist daher bei einer vom Hinterleger erteilten Verbrauchsgestattung der § 700 Abs. 1 Satz 2 anzuwenden. Die

Parteien haben v o r der Aneignung den Umwandlungsvertrag n o c h n i c h t abgeschlossen und konnten ihn mangels anderweiter abweichender Parteivereinbarung auch nicht abschließen, weil der Hinterleger den zum Umwandlungsvertrag erforderlichen Antrag in die Form der Verbrauchsgestattung gekleidet hat und nach positiver Gesetzesbestimmung die zum Abschluß des Umwandlungsvertrages erforderliche Annahme nur durch die Aneignung wirksam erklärt werden kann. Hier liegt die Aneignung nicht außerhalb des Vertragsabschlusses, sondern ist gerade die zum Abschluß des Vertrages erforderliche Willensäußerung. Beiden Fällen ist gemeinsam, daß ein „Verbrauchen, Gebrauchen, Aneignen der Sachen durch den Verwahrer" rechtlich von Wichtigkeit und von Bedeutung ist; und daß die Wirkungen des Umwandlungsvertrages, also der Uebergang selbst in dem Augenblick des „Verbrauchens, Gebrauchens, Aneignens der Sachen durch den Verwahrer" eintreten. Diese äußere Uebereinstimmung im Erfolg und die nicht genügend klare und scharfe Scheidung der „Aneignung" als Erfüllungshandlung einer wahren Bedingung und als Willensäußerung beim Vertragsabschluß selbst sind die Gründe für die vielfache Verwirrung, die gerade bei der Frage der Bedingung in unserem Sonderfalle herrscht.

Darüber, daß es auch nach bürgerlichem Recht möglich und zulässig ist, durch Parteivereinbarung die Wirkungen des Uebergangsvertrages von dem „Verbrauchen, Gebrauchen, Aneignen der Sachen durch den Verwahrer" abhängig zu machen, kann ernstlich nicht gestritten werden. Es liegt in diesem Falle eine sogenannte reine Potestativbedingung vor. Ich nehme Bezug auf meine in § 5 dieser Abhandlung befindlichen Ausführungen.

Die Unsicherheit der Entscheidung darüber, ob bei dem Uebergang einer regelmäßigen Verwahrung in eine unregelmäßige oder in ein Darlehen ein „bedingtes Rechtsgeschäft" vorliegt oder nicht, macht sich bei allen Uebergangsfällen bemerkbar, in denen die Verbrauchsgestattung des Hinterlegers eine Rolle spielt und der Verwahrer v o r einem „Verbrauchen, Gebrauchen, Aneignen" sein Einverständnis zu dieser Erteilung der Verbrauchsgestattung gegeben hat; ganz besonders bei den Fällen, in denen die Verbrauchsgestattung des Hinterlegers b e i der Begründung der regelmäßigen Verwahrung erteilt ist. Es ist in jedem einzelnen Falle Sache der Auslegung der Willenserklärungen der Parteien, ob sie einen bedingten Darlehnsvertrag oder einen bedingten unregelmäßigen Verwahrungsvertrag, mit anderen Worten, ob sie tatsächlich einen derartigen Umwandlungsvertrag vor dem Verbrauch der Sachen abgeschlossen, ob sie sich insbesondere über den Eigentumsübergang und Rückgabeverpflichtung in genere bereits v o r dem Verbrauch bindend geeinigt haben, und ob sie tatsächlich nur die Wirkungen dieses bereits abgeschlossenen Vertrages von dem

Verbrauchen der Sachen abhängig gemacht haben. Hierbei darf man sich natürlich durch keine anderweiten Rücksichten — etwa Begründung einer Stempelpflichtigkeit des Geschäftes — bewußt oder unbewußt leiten lassen. Es ist auch nicht Gegenstand dieser Abhandlung, zu untersuchen, ob im einzelnen Fall ein stempelpflichtiges Geschäft vorliegt oder nicht. Vielmehr handelt es sich hier nur um die Frage, ob im einzelnen Fall wirklich ein im Rechtssinne bedingter Uebergangsvertrag vorliegt oder nicht. In § 5 habe ich nachgewiesen, daß in den beiden praktischen Fällen der l. 10 cit. und l. 1 § 34 cit. nach dem Wortlaut und Inhalt der Stellen jedesmal gleich bei Begründung des depositum regulare gleichzeitig der Uebergangsvertrag bindend abgeschlossen worden ist, daß aber seine Wirkungen durch die Parteien selbst von einer reinen Potestativbedingung abhängig gemacht sind, nämlich dem „uti, Gebrauchen oder Verbrauchen des Geldes durch den Depositar".

Interessant ist die noch näher zu begründende Feststellung, daß die unrichtige Auffassung und Auslegung der beiden erwähnten Quellenstellen und der sich darauf aufbauende Satz 2 des § 700 Abs. 1 bei der Auslegung von Parteiwillenserklärungen einen Einfluß zu Ungunsten eines bedingten Umwandlungsvertrages ausüben müssen. Ich nehme auf meine früheren Darlegungen Bezug, die zeigen, daß bei einer vom Hinterleger erteilten Verbrauchsgestattung mangels anderweiter klarer abweichender Parteivereinbarung der Fall des § 700 Abs. 1 Satz 2 gegeben ist, wonach die Verbrauchsgestattung stets nur A n t r a g zum Umwandlungsvertrag, und n u r die Aneignung des Verwahrers die A n n a h m e dieses Antrages sein kann; während alle anderen Willenserklärungen des Verwahrers für den Uebergang selbst rechtlich bedeutungslos sind. Daraus ergibt sich folgender Schluß: Hat der Hinterleger bei oder nach Begründung der regelmäßigen Verwahrung vertretbarer Sachen dem Verwahrer die Verbrauchsgestattung erteilt und hat der Verwahrer vor Verbrauch oder Aneignung der Sachen sich mit dieser Verbrauchsgestattung ausdrücklich oder stillschweigend einverstanden erklärt, so kann in der Regel k e i n bedingter Uebergangsvertrag angenommen werden. Das Gesetz greift hier mit seiner Bestimmung ein und sagt, daß der Annahmewille des Verwahrers n u r durch die Aneignungshandlung und nicht auch durch eine anderweite Willensäußerung erklärt werden kann. Die Einverständniserklärungen des Verwahrers v o r der Aneignung der Sachen können also den Umwandlungsvertrag überhaupt nicht zum Abschluß bringen. Kann danach in unserem Sonderfall des § 700 Abs. 1 Satz 2 der Umwandlungsvertrag überhaupt nur durch die Aneignung abgeschlossen werden, so ist es logisch ausgeschlossen, daß vor der Aneignung ein Umwandlungsvertrag bindend abgeschlossen

sein kann, dessen Wirkungen durch Parteiwillkür von der Aneignung der Sachen abhängig gemacht sein könnten.

Gerade wegen der Gesetzesbestimmung in § 700 Abs. 1 Satz 2 wird man in den Fällen, in denen der Hinterleger eine Verbrauchsgestattung erteilt hat, nur dann zur Feststellung eines durch den Verbrauch der Sachen bedingten Uebergangsvertrages gelangen können, wenn der Hinterleger durch weitere klare und unzweifelhafte Willenserklärungen zu erkennen gegeben hat, daß er die Einigung über den Eigentumsübergang und Begründung der Rückgabeverpflichtung trotz der Verbrauchsgestattung alsbald herbeiführen will, und daß er nur die Wirkungen dieses alsbald fest bindend abzuschließenden Vertrages von der Aneignung des Verwahrers abhängig machen will; und wenn auf der anderen Seite der Verwahrer zu diesen Erklärungen des Hinterlegers ebenso klare und unzweifelhafte übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben hat. Ist dies aber geschehen, dann haben die Parteien einen Fall des Ueberganges geregelt, der außerhalb des Anwendungsgebietes des § 700 Abs. 1 Satz 2 steht.

Liegt ein durch „Verbrauchen, Gebrauchen, Aneignen der Sachen von Seiten des Verwahrers" bedingter Uebergangsvertrag vor, so ist es Sache der Auslegung, welcher Art die Handlungen sein müssen, durch die der Verwahrer die Bedingung erfüllt: keineswegs kann dabei ohne Weiteres der im § 700 Abs. 1 Satz 2 aufgestellte Begriff der Aneignung angewendet werden. Man wird unter Umständen den Unterschied in der Bedeutung der Handlungen, je nachdem, ob sie Erfüllungshandlungen einer Bedingung oder Willensäußerung zum Abschluß eines Vertrages sein sollen, beachten müssen.

In den allermeisten Fällen des Ueberganges, in denen die Verbrauchsgestattung des Hinterlegers eine Rolle spielt, werden aber v o r der Aneignung der Sachen durch den Verwahrer keine derartigen klaren unzweifelhaften übereinstimmenden Willenserklärungen beider Parteien vorliegen, die eine schlüssige und begründete Feststellung zulassen, daß die Parteien in Abweichung von der Bestimmung des § 700 Abs. 1 Satz 2 wirklich schon v o r der Aneignung der Sachen einen fest bindenden, nur in seinen Wirkungen von einer Verbrauchshandlung des Verwahrers abhängigen, also bedingten Uebergangsvertrag geschlossen haben. In den allermeisten Fällen wird der Hinterleger seiner Verbrauchsgestattung überhaupt keine weiteren Willenserklärungen beifügen; tut er es ausnahmsweise, so werden sie selten von der zu fordernden Klarheit im Sinne obiger Ausführungen sein. Ebenso werden die vom Verwahrer v o r der Aneignung der Sachen dem Hinterleger gegenüber abgegebenen Einverständniserklärungen zur Verbrauchsgestattung zumeist dieser

Klarheit ermangeln. In den allerseltensten Fällen wird die erforderliche Klarheit hinsichtlich der Uebereinstimmung der beiderseitigen Willenserklärungen vorhanden sein. Gerade bei den Zweifelsfällen wird die Wirkung des § 700 Abs. 1 Satz 2 einsetzen. Sinn und Zweck dieser Vorschrift müssen darin gefunden werden, daß Zweifel darüber beseitigt werden sollen, in welchem Zeitpunkt bei einer vom Hinterleger erteilten Verbrauchsgestattung der Uebergang der regelmäßigen Verwahrung in eine unregelmäßige oder ein Darlehen stattfindet. Die Vorschriften über das Darlehen oder die unregelmäßige Verwahrung sollen von dem Zeitpunkt an Anwendung finden, in welchem der Verwahrer sich die Sachen aneignet. Man könnte meinen, daß vom Gesetz anscheinend nur bestimmt sei, daß die Wirkungen des Ueberganges von der Aneignung ab beginnen sollen, daß aber dem äußeren Anschein nach nichts darüber bestimmt sei, in welchem Zeitpunkt der Uebergangsvertrag als abgeschlossen zu betrachten ist. Es könnte der Einwand erhoben werden, daß bei der Frage eines durch die Aneignung bedingten Uebergangsvertrages der Zweifel, in dem die Gesetzesbestimmung eingreifen soll, gar nicht vorhanden sei, weil die Parteien selbst die Wirkungen des Uebergangsvertrages in den Zeitpunkt der Aneignung der Sachen durch den Verwahrer verlegt haben. Es könnte gesagt werden, daß der Zeitpunkt, in welchem die Wirkungen des Uebergangsvertrages eintreten sollen, zwischen den Parteien außer Streit ist und sogar mit dem vom Gesetz bestimmten Zeitpunkt übereinstimmt. Es könnte weiter gesagt werden, daß die Parteien darüber streiten, in welchem Zeitpunkt der Abschluß des Uebergangsvertrages erfolgt ist, ob vor der Aneignung als mit Aneignungsbedingung versehener bedingter Uebergangsvertrag, oder erst in und mit der Aneignungshandlung als unbedingter Vertrag, und daß in diesem Zweifelsfall die Bestimmung in § 700 Abs. 1 Satz 2 nicht angewendet werden könne, weil sie in dieser Richtung über den Zeitpunkt des Abschlusses des Uebergangsvertrages keinerlei Vorschrift enthalte.

Die Einwendung ist, wie aus den Untersuchungsergebnissen der vorliegenden Abhandlung zu ersehen ist, falsch. Richtig ist gerade die gegenteilige von mir vertretene Ansicht, daß die Bestimmung in erster Linie darauf abzielt, Zweifel darüber zu lösen, ob und in welchem Zeitpunkt der Abschluß des Uebergangsvertrages erfolgt ist. Es ist unrichtig, den Satz „so finden die Vorschriften über das Darlehen Anwendung" auf die Vorschriften über die Wirkungen eines bereits abgeschlossenen Vertrages beschränken zu wollen. Zu den Vorschriften über das Darlehen gehören doch auch die Vorschriften über die Entstehung oder den Abschluß eines Darlehnsvertrages; es muß

also auch § 607 Anwendung finden. In § 700 Abs. 1 Satz 1 ist unter Mitbeachtung von Satz 3 bestimmt, daß sofort mit der Hinterlegung die Vorschriften über das Darlehen Anwendung finden sollen; es soll unter Anwendung des § 607 so angesehen werden, als wenn der Verwahrer das Geld oder die vertretbaren Sachen im Augenblick der Hinterlegung als Darlehen empfangen hat. Nach § 700 Abs. 1 Satz 2 unter Mitbeachtung von Satz 3 sollen bei einer Verbrauchsgestattung des Hinterlegers die Vorschriften über das Darlehen erst von dem Zeitpunkt an Anwendung finden, in welchem der Verwahrer sich die Sachen aneignet. § 607 soll also erst in dem Zeitpunkt angewendet werden, in welchem der Verwahrer sich die Sachen aneignet. Es soll nach der Gesetzesvorschrift so angesehen werden, als ob der Verwahrer in diesem Zeitpunkt der Aneignung das Geld oder die vertretbaren Sachen „als Darlehen empfangen hat", mit anderen Worten, als ob in diesem Augenblick die zur Begründung des Realkontraktes erforderliche Hingabe der vertretbaren Sachen erfolgt sei, als ob in diesem Zeitpunkt die Einigung der Parteien hinsichtlich des Eigentumsüberganges und der Rückgabeverpflichtung gleicher Art, Güte und Menge stattgefunden habe; kurz gesagt, als ob der Darlehensvertrag in diesem Zeitpunkt der Aneignung der Sachen abgeschlossen worden sei. Mit dieser Schlußfolgerung stimmen die früher gefundenen Ergebnisse überein, wonach die Verbrauchsgestattung stets Antrag zu dem Uebergangsvertrag ist, und daß die Annahme nur durch die Aneignung erklärt werden kann; die Aneignung selbst also stets erst die Willensäußerung ist, die den Umwandlungsvertrag zum Abschluß bringt. Dies Ergebnis wird durch die Geschichte der Entstehung und Entwicklung des Satzes 2 im § 700 Abs. 1 bestätigt.

Der Rechtssatz übt danach seine Wirkung ganz besonders bei den Fällen aus, in denen es zweifelhaft ist, ob der Uebergangsvertrag erst mit der Aneignung zum Abschluß kommt oder ob er schon vor der Aneignung abgeschlossen und nur in seiner Wirkung durch Parteiwillkür von der Aneignung abhängig gemacht ist. Im Zweifelsfalle greift die im § 700 Abs. 1 Satz 2 aufgestellte Regel ein, daß bei der Verbrauchsgestattung des Hinterlegers der Uebergangsvertrag überhaupt erst durch die Aneignung des Verwahrers abgeschlossen wird. Im Zweifel ist daher zu Ungunsten eines durch die Aneignung bedingten Uebergangsvertrages zu entscheiden.

Der von Raape a. a. O. S. 103 besprochene Fall kann danach ohne Schwierigkeiten entschieden werden. Nach dem Tatbestand, wie ihn Raape vorlegt, hat der Hinterleger gleich bei Begründung der regelmäßigen Verwahrung der Wertpapiere dem Bankier die Verbrauchsgestattung ausdrücklich erteilt. Ich will unterstellen, daß der Bankier seine Einverständniserklärung ebenfalls ausdrück-

lich gegeben hat, um die Einwendung aus § 700 Abs. 2, daß überhaupt keine gültige Vereinbarung vorliege, auszuschalten. Demnächst hat der Bankier die Wertpapiere aus dem Sonderdepot in sein allgemeines Depot hineingelegt, in der irrtümlichen Annahme, die Papiere seien sein Eigentum. Einige Tage später, nach Entdeckung des Irrtums, legt er die Papiere wieder in das Sonderfach.

Hat der Uebergang der regelmäßigen Verwahrung in eine unregelmäßige Verwahrung oder ein Darlehen stattgefunden?

Ein bedingter Umwandlungsvertrag liegt nicht vor. Es sind keinerlei Willenserklärungen der Parteien vorhanden, aus denen der sichere klare Schluß zu gewinnen wäre, daß die Parteien schon v o r Aneignungshandlungen des Bankiers sich über den Eigentumsübergang und die Rückgabeverpflichtung bindend geeinigt und in klarer Weise lediglich die Wirkungen eines bereits abgeschlossenen Uebergangsvertrages von der Bedingung des Verbrauchens, Gebrauchens oder Aneignens der Papiere durch den Bankier abhängig gemacht hätten. Es verbleibt also bei der Regel des § 700 Abs. 1 Satz 2, daß der Bankier den Uebergangsvertrag durch die Annahmewillensäußerung der Aneignung zum A b s c h l u ß bringen muß. Zutreffend sagt der Kommentar der Reichsgerichtsräte ganz allgemein zu § 151 BGB. (Note 1): „Da der Vertragsschluß eine Willenseinigung voraussetzt, so ist im übrigen auch hier erforderlich, daß sich die Annahme mit dem Antrage deckt, und eine Handlung, die der Antragsgegner nicht in der Absicht der Annahme vornimmt, ist überhaupt nicht geeignet, den Vertrag zustande zu bringen, da ein Vertragsabschluß unbedingt den Vertragswillen voraussetzt. Soweit endlich ein Mangel der Einigung besteht, greift der § 154 Platz".

Der Bankier nimmt mit den Wertpapieren allerdings eine Handlung vor; er legt sie aus dem Sonderfach in das allgemeine Sammelfach, jedoch in der irrigen Meinung, daß es sich dabei nicht um Wertpapiere des Hinterlegers, sondern um eigene, schon vor der Veränderung in seinem Eigentum stehend gewesene Papiere handele. Der Bankier nimmt eine Handlung vor, die als Aneignung im Sinne der in § 11 dieser Abhandlung enthaltenen Ausführungen n i c h t angesehen werden kann. Der Bankier hat bei der von ihm vorgenommenen Handlung n i c h t die Absicht, den ihm vom Hinterleger gestellten Antrag anzunehmen. Von einer Annahme des Bankiers, die sich mit dem Antrage des Hinterlegers deckt, von einer Willenseinigung der Parteien und somit von einem Abschluß eines Uebergangsvertrages kann im obigen Beispiel keine Rede sein.

Die Wertpapiere sind daher nach wie vor im Eigentum des Hinterlegers verblieben und können von ihm bei einem Konkurse über das Vermögen des Bankiers aus der Masse ausgesondert werden.

Ein Uebergang der regelmäßigen Verwahrung der Wertpapiere in eine unregelmäßige Verwahrung oder ein Darlehen hat nicht stattgefunden.

§ 14.

Es muß hier noch zu der Frage Stellung genommen werden, ob der Hinterleger die Verbrauchsgestattung vor einer Aneignungshandlung des Verwahrers widerrufen und so den Uebergang in die unregelmäßige Verwahrung oder das Darlehen vereiteln kann.

Bei der Beantwortung ist zu unterscheiden, ob ein Uebergangsvertrag außerhalb der Gesetzesbestimmung oder ob der Fall des § 700 Abs. 1 Satz 2 BGB. vorliegt.

In allen außerhalb der Gesetzesbestimmung liegenden Fällen ist zu untersuchen, ob die Parteien nicht bereits einen fest bindenden Uebergangsvertrag abgeschlossen haben, wenngleich vielleicht dabei von einer Verbrauchsgestattung die Rede war. Ist nach den übereinstimmenden Willenserklärungen beider Parteien alsbald mit Abschluß des Uebergangsvertrages für den Verwahrer Eigentumsübergang und Verpflichtung zur Rückgabe in genere eingetreten, dann kommt ein Widerruf einer Verbrauchsgestattung deshalb nicht in Frage, weil der Verwahrer kraft seines durch den bereits abgeschlossenen Vertrag erworbenen Eigentumsrechtes an den Sachen darüber verfügt und der Hinterleger als Nichteigentümer ihm den Verbrauch dann nicht mehr untersagen kann.

Für einen bedingten oder befristeten Uebergangsvertrag mag zur Veranschaulichung das nachstehende Beispiel dienen, dessen Sachverhalt ich auch in den beiden römischen Quellenstellen, l. 10 cit. und l. 1 § 34 cit., für gegeben erachte: A gibt dem B 10 000 M. in gemünztem Geld zur regelmäßigen Verwahrung. Gleichzeitig bei und mit Abschluß dieses sofort wirksamen regelmäßigen Verwahrungsvertrages einigen sich die Parteien bindend dahin, daß B Eigentümer der 10 000 M. werden und zur Rückgabe von 10 000 M. verpflichtet sein soll, sobald B irgend eine Verfügung über das Geld des A vornehmen sollte. Hier kann von einem Widerruf der Verbrauchsgestattung keine Rede sein. Die rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen sind sämtlich bindend bei Hingabe und Empfang des Geldes abgegeben worden. Die Parteien haben sich auch zu dieser Zeit bereits über den Eigentumsübergang und die Rückgabeverpflichtung in genere geeinigt; nur die Wirkungen des fest abgeschlossenen Uebergangsvertrages sind nach Parteivereinbarung von dem zukünftigen ungewissen Ereignis, der Verfügung des B über die 10 000 M., abhängig gemacht. A kann allerdings vor einer Verfügungshandlung des B die alsdann noch in regelmäßiger Verwahrung befindlichen 10 000 M. zurückfordern. Es fragt sich, ob B auch nach Zugang der Rückforderungserklärung

des A an ihn den Uebergang dadurch wirksam machen kann, daß er über das Geld verfügt. An sich ist die Frage zu bejahen, da der Eintritt der Bedingung vom Willen des A völlig unabhängig ist. Es kann sich nur fragen, ob in diesem Falle § 162 BGB. Platz greift und gesagt werden muß, daß B den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben herbeigeführt hat. Sobald dies zu bejahen ist, ist der Eintritt der Bedingung als nicht erfolgt anzusehen. Hätte B nach Zugang der Rückforderungserklärung des A zu Gunsten des C gemäß § 930 BGB. über das Geld verfügt, so würde diese Verfügung des B bei Eingreifen des § 162 BGB. als nicht vorhanden angesehen werden müssen und A könnte die 10 000 M. mit der Klage aus regelmäßiger Verwahrung und mit der Eigentumsklage zurückfordern. Unrichtig würde es sein, den Eintritt der Bedingung immer als wider Treu und Glauben verstoßend zu erachten, wenn B nach Empfang der Rückforderungserklärung des A eine Verfügungshandlung wegen des Geldes trifft. Es müssen ganz besondere außerhalb des obigen Beispiels liegende Umstände vorhanden sein, die bei der gegebenen Sachlage das Herbeiführen des Eintritts der Bedingung durch B als wider Treu und Glauben geschehen erscheinen lassen. Sind beide Vertragsteile zahlungsfähig und hat A keinen besonderen Grund für seine Rückforderung angegeben, so wird von Anwendung des § 162 BGB. keine Rede sein können. Unter Umständen kann sogar in der unzeitigen Rückforderung der 10 000 M. aus der bestehenden regelmäßigen Verwahrung eine wider Treu und Glauben verstoßende Verhinderung des Eintritts der Bedingung durch A erblickt werden, sodaß seine Rückforderung, wenn man sie schon als Verhinderung des Eintritts der Bedingung ansehen könnte, als nicht geschehen, ja sogar der Eintritt der Bedingung zu Gunsten des B ohne eine Verfügungshandlung als erfolgt anzunehmen wäre.

Liegt ein bindend abgeschlossener Uebergangsvertrag noch nicht vor, hat der Hinterleger vielmehr mit der Verbrauchsgestattung nur einen Antrag zu dem Uebergangsvertrag gemacht, so ist es für die Frage des Widerrufs unerheblich, ob die Parteien außerhalb der Gesetzesbestimmung durch besondere Vereinbarung auch eine anderweite Annahme des Verwahrers zugelassen haben, oder ob mangels besonderer Parteivereinbarung nur eine Aneignungshandlung des Verwahrers den Abschluß des Uebergangsvertrages herbeiführen kann, wie § 700 Abs. 1 Satz 2 BGB. vorschreibt. Die Verbrauchsgestattung des Hinterlegers ist ein Antrag zu einem Vertrage und die Frage nach der Zulässigkeit des Widerrufs entscheidet sich nach den allgemeinen Bestimmungen über Widerruf eines Vertragsantrages. Nach der Gesetzesvorschrift ist zu der Annahme des vom Hinterleger mit der Verbrauchsgestattung angebotenen Uebergangsvertrages eine empfangsbedürftige Willenserklärung seitens des Verwahrers nicht ausreichend; er muß viel-

mehr nach ausdrücklicher Bestimmung den Abschluß des Vertrages durch eine nichtempfangsbedürftige, nämlich streng einseitige Annahmeerklärung durch Vornahme irgend einer als Aneignung anzusehenden Handlung herbeiführen. Wegen der Gebundenheit des Hinterlegers an seinen Antrag greift § 145 BGB., wegen des Erlöschens seines Antrages § 151 BGB. ein. In der Regel wird man hinsichtlich der Gebundenheit des Hinterlegers dahin entscheiden müssen, daß er die Gebundenheit ausgeschlossen hat. Dies wird näher nach Prüfung der Frage der Annahmefähigkeit des Antrages erörtert werden. Der Antrag des Hinterlegers ist bis zu seinem Erlöschen annahmefähig. Der Zeitpunkt, in welchem der Antrag des Hinterlegers erlischt, ist gemäß § 151 BGB. nach dem aus dem Antrage oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden zu bestimmen. Aus dem Umstande, daß es sich um vertretbare Sachen handelt, die der Hinterleger in regelmäßige Verwahrung gibt mit dem bei oder nach Hinterlegung gestellten Antrage, daß der Verwahrer jederzeit durch streng einseitige Handlung, nämlich eine Aneignungshandlung, sich zum Eigentümer und Schuldner in genere machen kann, ist der Wille des Hinterlegers zu entnehmen, daß der Antrag so lange annahmefähig sein soll, als die vertretbaren Sachen sich beim Verwahrer in regelmäßiger Verwahrung befinden und n i c h t nachträglich besondere Umstände eintreten, die einen solchen Willen nunmehr nach Eintritt dieser Umstände als von vornherein ausgeschlossen erscheinen lassen. Die Frage der Gebundenheit und des Widerrufs müssen bei der Frage der Annahmefähigkeit zunächst ganz ausscheiden. Wenn A dem B 10 000 M. in gemünztem Gelde zur regelmäßigen Verwahrung gibt und ihm bei oder nach der Hinterlegung die Verbrauchsgestattung erteilt, so mag die regelmäßige Verwahrung so lange dauern, wie sie will; treten keine anderweiten besonderen Umstände ein, so bleibt der in der Verbrauchsgestattung liegende Antrag so lange annahmefähig, bis die regelmäßige Verwahrung ihr Ende erreicht hat. Der Verwahrer kann also immer bis zur Beendigung der regelmäßigen Verwahrung den Antrag noch annehmen; von selbst erlischt er bei Fernbleiben besonderer Umstände bis zur Beendigung der regelmäßigen Verwahrung nicht. Dies muß nach den Umständen des im Beispiel vorgetragenen Falles, wo Besonderheiten fehlen, als der aus den Umständen des Falles zu entnehmende Wille des Hinterlegers angesehen werden. Wegen der Gebundenheit ist aber dahin zu entscheiden, daß sie nach dem Willen des Antragenden von vornherein ausgeschlossen sein soll. Die Hinterlegung erfolgt als regelmäßige Verwahrung im Interesse des Hinterlegers. Nach § 695 BGB. kann er die hinterlegten Sachen jederzeit zurückfordern, selbst wenn eine Zeit zwischen den Parteien vereinbart ist. Gerade die von den Parteien in erster Linie beabsichtigte und wirksame regelmäßige Verwahrung läßt deutlich erkennen, daß der

Hinterleger an seinen von Anfang an oder später nebenhergehenden Antrag zum Uebergangsvertrag nicht gebunden sein will. Er will noch nicht einmal bei der einem abwesenden Verwahrer erteilten Gebrauchsgestattung für die Dauer der Frist des § 147 gebunden sein. Gerade die Form seines Antrages aus § 700 Abs. 1 Satz 2 spricht dafür. Er hat dem Verwahrer gestattet, die Sachen zu verbrauchen. Ein weiterer Beweis für die Richtigkeit dieser Anschauung liegt in Folgendem. Will man nicht annehmen, daß der Hinterleger von vornherein jegliche Gebundenheit ausgeschlossen hat, dann müßte man sagen, daß er nach § 145 ff. BGB. so lange an seinen Antrag gebunden ist, bis der Antrag erlischt. Es wurde oben ausgeführt, daß der Antrag erst mit Beendigung der regelmäßigen Verwahrung, also mit Rückgabe der Sachen erlischt. Daraus würde sich die Folgerung ergeben, daß der Hinterleger bis zur tatsächlichen Rückgabe der in regelmäßiger Verwahrung befindlichen Sachen an seinen Antrag gebunden ist. Dies ist unhaltbar. Mithin muß nach Lage des besonderen Falles angenommen werden, daß der Hinterleger von vornherein jegliche Gebundenheit an seinen Antrag ausgeschlossen hat. Er kann also jederzeit vor Annahme seines Antrages durch den Verwahrer — und diese Annahme kann im Falle des § 700 Abs. 1 Satz 2 nur durch eine Aneignungshandlung erfolgen — seinen Antrag widerrufen[31]); ein solcher Widerruf liegt insbesondere auch in dem jederzeit zulässigen Zurückfordern der Sachen aus der regelmäßigen Verwahrung. Hieran ändert sich auch dann nichts, wenn die Verbrauchsgestattung dem Verwahrer „vertragsmäßig" erteilt ist, da die Verbrauchsgestattung, wie früher gezeigt wurde, trotzdem nur ein Antrag zum Uebergangsvertrag bleibt.[32]) Nur dann, wenn das Widerrufsrecht selbst ausdrücklich durch Vertrag ausgeschlossen worden ist oder die Parteien die Gebundenheit des Hinterlegers an seinen Antrag in anderer Weise vereinbart haben, wird man gegenteilig entscheiden müssen. Dies kann aber nur im Interesse des Verwahrers geschehen sein, und man wird in solchen Fällen mit Goldmann-Lilienthal ein pactum de mutuo dando annehmen müssen.[33])

---

[31]) Crome a. a. O. Anm. 6 vertritt den Standpunkt, daß der Hinterleger von vornherein an die Verbrauchsgestattung gebunden sei und sie überhaupt nicht widerrufen könne. Dies beruht auf der von ihm vertretenen Ansicht, daß die Verbrauchsgestattung ein selbständiges und zwar einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, wie Mahnung, Kündigung usw., und kein Vertragsantrag sein soll. Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht ergibt sich aus der vorliegenden Abhandlung.

[32]) Im Endergebnis übereinstimmend: Planck, Komm. z. BGB. § 700 Anm. 3 Abs. 3; Oertmann, Schuldverhältnisse, § 700 Anm. 2; Goldmann-Lilienthal, Bürgl. R. § 191 V Ziff. 3 Anm. 32. Staudinger, Komm. z. BGB. § 700 Anm. 2.

[33]) Goldmann-Lilienthal a. a. O.

Zum Schluß noch ein Wort zu den Ansichten von Manigk und Raape über ein dingliches oder obligatorisches Aneignungsrecht des Verwahrers im Falle des § 700 Abs. 1 Satz 2. Ich habe in den vorgehenden Abschnitten dieser Abhandlung schon zu dieser Frage Stellung genommen. Aus dem Gesetz selbst kann nach meiner Ansicht ein derartiges Recht nicht begründet werden, wie die Ergebnisse dieser Abhandlung zeigen. Ein derartiges „Aneignungsrecht" könnte nur durch ganz besondere dahingehende klare Parteivereinbarung begründet werden. Ich glaube nicht, daß gerade in dem Falle des Ueberganges einer regelmäßigen Verwahrung vertretbarer Sachen in eine unregelmäßige Verwahrung oder ein Darlehen die Parteien jemals ein derartiges vom Willen des Hinterlegers losgelöstes, unwiderrufliches Aneignungsrecht für den Verwahrer begründen werden. Bestehen aber wirklich einmal Absichten der Parteien, bei der regelmäßigen Verwahrung dem Verwahrer eine bessere Rechtsstellung einzuräumen, wie er sie nach § 700 Abs. 1 Satz 2 hat, so werden sie nicht zur Begründung eines „dinglichen oder obligatorischen Aneignungsrechts" schreiten, sondern durch vertragsmäßige besondere Unwiderruflichkeit der Verbrauchsgestattung, durch bedingten oder befristeten Uebergangsvertrag ihre Rechtsbeziehungen regeln.

Am 27. Mai 1874 wurde ich in Cassel geboren. Meine Eltern waren der im Jahre 1917 verstorbene Gymnasialdirektor a. D. Geh. Regierungsrat Dr. Friedrich Heussner und dessen Ehefrau Theodore geb. Mertz. Ich besuchte das Gymnasium in Eutin und später das Wilhelmsgymnasium in Cassel. Im Herbst 1892 bestand ich das Abiturienten-Examen. Von Herbst 1892 bis Ostern 1896 studierte ich Rechtswissenschaft auf den Universitäten Göttingen, Berlin, München und Marburg. Im April 1896 bestand ich die erste juristische Prüfung. Nach Erledigung des Vorbereitungsdienstes als Referendar bestand ich am 6. Dezember 1900 das zweite juristische Staatsexamen, worauf ich zum Gerichtsassessor ernannt wurde. Ich war zunächst als Gerichtsassessor und danach als Staatsanwalt in Cassel tätig. Im Herbst 1911 trat ich aus Gesundheitsrücksichten als Staatsbeamter in den Ruhestand. Ich ließ mich darauf am 1. Januar 1912 in Cassel als Rechtsanwalt nieder.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld, Berlin W. 8